الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

جامعة الجزائر

معهد الحقوق والعلوم الادارية

بيع ملك الغير
في
القانون المدني الجزائري

بحث

للحصول على درجة الماجستير
في العقود والمسؤولية

اعداد : الطالبة / كميح حورية

تحت اشراف : الدكتور ابراهيم ابو النجا

لجنة التحكيم :

الاستاذ الدكتور .... رئيسا

الاستاذ الدكتور .... عضوا

الاستاذ الدكتور .... عضوا

جوان 1983 م

بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى جل جلاله : " يا أيها الذين آمنو لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم " .

" صدق الله العظيم "

مقدمة :

يتمتع الافراد بحقوق متنوعة، من بين هذه الحقوق حق الملكية الذى يخول لصاحبه سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف، ويمكن لصاحب هذا الحق ان يتخلى عن سلطتي الاستعمال والاستغلال لغيره ومع ذلك لا يفقد ملكية المال الذى قررت عليه للغير احدى هاتين السلطتين، او هما معا، ويمكن للغير الذى تلقى هاتين السلطتين او احدهما، ان ينقلهما او ينقلها بدوره الى غيره، ولكنه لا يملك سلطة التصرف في المال الذى تقررت له فيه هاتان السلطتان، او احداهما لان صاحب المال احتفظ بسلطة التصرف - اى بحق الرقبة - فيظل هو المالك، وعلى العكس من ذلك قد يقوم صاحب المال بالتصرف فيه، ويحتفظ لنفسه بباقي السلطات، فتزول عنه الملكية، ويصبح المتنازل له، هو المالك.

وللمالك ان يتصرف في امواله بشتى انواع التصرفات القانونية والاعمال المادية، فله ان يؤجرها، او يهبها، او يبيعها او يوصي بها الخ . . . ، او يغير فيها، بالهدم، او بالبناء، دون معارضة الغير وله ان يقوم بهذه التصرفات بنفسه او ينيب غيره القيام بها، بدلا عنه، فليس لاحد ان يستعمل، او يستغل، او يتصرف في مال غيره، الا باذن صاحبه، او باذن الشارع، فمن لا يملك شيئا لا يستطيع تمليكه لغيره اذ فاقد الشيء لا يعطيه . فاذا باع شخص مال غيره، دون ان يكون وكيلا عنه، او وليا عليه، فهو بائع لملك غيره . ولقد حرم القانون التعامل في اموال الناس، وجعل بيع ملك الغير باطلا، ومن يبيع مال غيره دون اذنه يندرج تحت احدى الحالات التالية :

أ) قد يكون بائع ملك الغير يعلم بأن ما يبيعه هو ملك الغير ويريد بهذا البيع تحقيق منفعة للمالك، كأن تحل فرصة مواتية للبيع، يخاف ضياعها على المالك، ولا يتمكن من أخذ اذن مسبق منه بالبيع، فيجرى البيع .

ب) وقد يكون بائع ملك الغير يجهل تماما ان ما يبيعه هو مال الغير كأن يقوم ببيع عين ظنا منه انها له، فاذا هي لغيره .

جـ) وقد يكون بائع ملك الغير يعلم بأن المال، هو مال الغير، ويبيعه لا من اجل تحقيق مصلحة المالك، وانما على العكس، يريد الحاق الضرر به، وجلب منفعة شخصية لنفسه، كأن يستولي على عين ويبيعها للاستفادة من ثمنها، وقد يظهر بائع ملك الغير صفته هذه للمشترى، وقد لا يظهرها له، وتبعا لذلك قد يكون المشترى حسن النية، اذا كان يجهل ان البائع له غير مالك وقد يكون سيئ النية، اذا كان يعلم ذلك .

ولم يقصر المشرع الجزائرى الاحكام التي اوردها في التقنين المدني الخاصة ببيع ملك الغير على صورة دون اخرى، فجميع الصور المذكورة آنفا اعطاها حكما واحدا، فجعل بيع ملك الغير باطلا، بالاضافة الى الجزاءات الجنائية التي يفرضها قانون العقوبات في حالة ما اذا كان البائع مختلسا او نصابا .

وقد اختلف الفقهاء حول جزاء وتأصيل بطلان بيع ملك الغير مما اسفر عن وجود نظريات ومذاهب مختلفة تتعلق بهذا الجزاء وذلك التأصيل . ولهذا جعلت الباب الاول من هذا البحث للكلام عن اهم النظريات الفقهية التي قيلت في

./.

هـذا الشأن ، واعطيته عنوانا كالتالي : " جزاء بيع ملك الغير " .

ويتضح من النصوص القانونية الخاصة ببيع ملك الغير ان المشرع الجزائري نص على قابلية بيع ملك الغير للابطال ، ومن ثم فبيع ملك الغير ينتج اثاره الى ان يتقرر بطلانه . وعلى الرغم من وجود النصوص التشريعية ، الا انه اثير الخلاف حول الاثار التي يرتبها هذا البيع . ولذلك خصصت الباب الثاني للكلام عن "اثار بيع ملك الغير" ولكن دراسة بيع ملك الغير ، وتحديد نطاقه تقتضي التعرض لمختلف جوانبه ، وكل ما يمت اليه بصلة لتتضح معالمه بوضوح ، حتى يسهل فهمه ، وبالتالي بحثه ومناقشته لذلك ، اجمل لهذا البحث فصلا تمهيديا احاول فيه التعريف ببيع ملك الغير . واختتمه بخاتمة استخلص فيها ما اسفر عنه البحث من نتائج .

***

الفصل التمهيدى

التعريف ببيع ملك الغير

للتعريف ببيع ملك الغير وتحديد نطاقه ، يجب تعريف البيع ، وبيان خصائصه ، وعلى ضوء هذا يمكن المقارنة بين بيع ملك الغير وبين ما يقاربه من الانظمة . ولذلك اقسم هذا الفصل الى مباحث ثلاث ، اخصص الاول لتعريف البيع وبيان اهم خصائصه . والثاني لشروط بيع ملك الغير ، والثالث للمقارنة بين بيع ملك الغير وبين ما يشابهه من الانظمة .

المبحث الاول

تعريف البيع وبيان خصائصه

اتناول في هذا المبحث، تعريف البيع وبيان اهم خصائصه واقسمه الى مطلبين ، اخصص المطلب الاول لتعريفه ، والثاني لخصائصه .

المطلب الاول : تعريف البيع .

اختلفت التقنينات الوضعية في تعريف البيع . فعرفه التقنين المدني الفرنسي في المادة 1582 بما يلي : " البيع اتفاق يلتزم به احد الطرفين بتسليم شيء ويلتزم الطرف الاخر بدفع ثمنه " .

ويلاحظ ان هذا التعريف قد اغفل تماما التزام البائع بنقل الملكية واقتصر فقط على ذكر التزامه بالتسليم . كما يلاحظ ايضا انه لم يشترط في الثمن ان يكون نقدا . وهذا هو اهم نقد وجه الى هذا التعريف .

اما تقنين الالتزامات السويسرى ، فقد عرفت المادة 184 منه البيع

كالتالي : "عقد يلتزم به البائع بتسليم الشيء المبيع الى المشترى ونقل ملكيته اليه مقابل ان يدفع المشترى الثمن للبائع".

واما التقنين المدني الالماني ،فقد عرفه في المادة 433 منه بما يلي : "عقد يلتزم به البائع بأن يسلم شيئا للمشترى وان ينقل ملكيته اليه ويلتزم البائع بتقل هذا الحق للمشترى ،واذا كان هذا الحق يسوغ حيازة شيء فيلتزم البائع بتسليم هذا الشيء . اما المشترى فيلتزم بدفع الثمن المتفق عليه واستلام الشيء المبيع" (1) .

وعرف التقنين المدني المصرى ،البيع في المادة 418 منه بما يلي : "البيع عقد يلتزم به البائع ان ينقل للمشترى ملكية شيء او حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدى" (2) .

وبهذا التعريف الاخير اخذ التقنين المدني الجزائرى في المادة 351 منه اذ عرفته بما يلي : " البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع ان ينقل للمشترى ملكية شيء او حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدى".

ولقد وجه الى هذا التعريف انتقاد من طرف بعض الفقهاء على اساس انه جعل نقل الملكية مجرد التزام على البائع بينما هو حكم اصلي لعقد البيع يتم بمجرد العقد ،فالعقد لا ينشيء التزاما على البائع بنقل الملكية ،اذ الملكية تنتقل بمجرد العقد ،اذا كان المبيع منقولا معينا بالذات،واذا كان عقد البيع ينشيء التزاما على البائع بنقل الملكية ،فهو استثناء ،والقاعدة ان عقد البيع ينقل الملكية بذاته .

---

(1) راجع د . عباس حسن الصراف - البيع والايجار - س 1955 - ص16 هامش رقم3 .

(2) تقابل هذه المادة ،المادة 386 مدني سورى التي نقلت عنها نفس التعريف .

راجع .د . مصطفى احمد الزرقاء - عقد البيع والمقايضة - ط 6 س1965 ف23 ص31 .

./.

وكان يقتضي تعريف البيع بأصله ،لا بالاستثناء الوارد عليه ،فيجب تعريف البيع بأنه : "عقد تنتقل به ملكية شيء . . .الخ" .بدلا من قول الشارع بأنه : "عقد يلتزم به البائع ان ينقل للمشترى ملكية شيء . .الخ"(1). فالاصل ان يقصد بالبيع نقل الملكية فور العقد ،الا في بعض البيوع التي لا تسمح طبيعتها ذلك ،فالبيع نوعان احدهما ينقل بذاته الملكية والثاني ينشيء في ذمة البائع التزاما بنقلها (2) .

ولقد رد على هذا الانتقاد بما يلي :

ان انتقال الملكية ،ليس اثرا لعقد البيع ،بل هو اثر للالتزام بنقل الملكية الذى ينشئه البيع ،فعقد البيع يولد في ذمة البائع التزاما بنقل الملكية ،ونقل الملكية فعلا من البائع الى الى المشترى ،يعتبر اثرا للالتزام بنقل الملكية ،فاذا كانت الملكية تنتقل في المنقول المعين بالذات بمجرد العقد ،ولا تحتاج في انتقالها الى اى عمل يقوم به البائع ،فان العقد قبل ذلك ينشيء التزاما بنقلها ،اى ان الالتزام ينشأ وينفذ من تلقاء نفسه ،فور نشوئه (3) . هذا بالاضافة الى ان الملكية لا تنتقل في جميع حالات البيع فور ابرام العقد ،فلا تنتقل في بيع الشيء المعين بالنوع الا بفرز المبيع ،وفي بيع العقار ،لا تنتقل الا بالتسجيل . اذن فان التعريف صحيح من هذه الزاوية ،فالبيع ينشيء التزاما على البائع بنقل الملكية ،وهذا الالتزام يتأخر تنفيذه الى وقت التعيين في الحالة الاولى ،ويتأخر الى وقت التسجيل في الحالة الثانية . فالقول

---

(1) انظر .د . مصطفى احمد الزرقاء- المرجع السابق -ف 26 ،ص34 وما بعدها .
(2) انظر .د . سليمان مرقص -عقد البيع -ط 3 -س 1968 ،ف 12 ،ص21 و 22 .
(3) انظر .د . عبد الرزاق احمد السنهورى - البيع والمقايضة-ج 4-س1960-ف234 - ص412 . وانظر ايضا ص 22 هامش رقم (1) من نفس المرجع .

بأن عقد البيع ينشيء التزاما بنقل الملكية ينطبق على جميع حالات البيع، دون حاجة الى الوقوع في الحرج، بالقول بوجود اصل واستثناءات، فالملكية تنتقل، بتنفيذ الالتزام بنقلها حتى في الحالة التي يكون فيها المبيع منقولا معينا بالذات، حيث ينشأ الالتزام من العقد، ويتم تنفيذ هذا الالتزام فور نشوئه (1) . وهذا القول يتفق مع نص المادة 165 من القانون المدني الجزائرى، والتي نصت على ما يلي : " الالتزام بنقل الملكية، او اى حق عيني آخر من شأنه ان ينقل بحكم القانون الملكية او الحق العيني، اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم وذلك مع مراعاة الاحكام المتعلقة بالاشهار العقارى" . وهذه المادة تقابل المادة 204 مدني مصرى . فطبقا لهذه المادة، ان العقد ينشيء التزاما بنقل الملكية، وان هذا الالتزام، في المنقول المعين بالذات، ينفذ بمجرد نشوئه .

اما في الشريعة الاسلامية، فهناك تعاريف عديدة للبيع، اوردها الفقهاء المسلمون، لا تكاد تختلف فيما بينها، الا من حيث الشكل والصيغة اما من حيث المضمون، فالاراء متفقة، في ان الملكية تنتقل بمجرد العقد (2) اقتطف من بين هذه التعاريف، التعاريف التي دونتها بعض التقنينات الاسلامية الحديثة، فعرفته المادة 343 من كتاب مرشد الحيران بأنه "تمليك البائع مالا للمشترى بمال يكون ثمنا للمبيع" (3) وعرفته المادة 105 من مجلة الاحكام العدلية بأنه : " مبادلة مال بمال ويكون منعقد وغير منعقد " .

---

(1) انظر د . سمير عبد السيد تناغو - عقد البيع - س 1973، ف 5، ص 19 .
(2) راجع د . احمد الحجي الكردى - بحوث في الفقه الاسلامي، س 1976 - 1977 - ف 89، ص 123 .
(3) محمد قدرى باشا - الطبعة (1) س 1338 هـ .

اما التقنين المدني العراقي فقد عرفه في المادة 506 منه بانه "مبادلة مال بمال". وواضح من هذا التعريف ان المشرع العراقي، تأثر بالتعريف الذي اوردته المجلة (1).

المطلب الثاني : خصائص عقد البيع .

يتميز عقد البيع، بعدة خصائص واهمها انه عقد ناقل للملكية وعقد رضائي (2) . وسأتناول دراسة هاتين الخصيصتين، لما بينهما من علاقة من جهة، اذ الملكية تنتقل بمجرد تبادل رضا الطرفين، في المنقول المعين بالذات، ومن جهة ثانية لان خصيصة ان عقد البيع عقد ناقل للملكية، لها علاقة وطيدة بدراسة بيع ملك الغير، فبفضل دراسة هذه الخصيصة، نتعرف على علة ابطال بيع ملك الغير، فاذا كان الرضا وحده كافيا لنقل الملكية، دون ضرورة الى اتباع اجراءات اخرى كان بيع ملك الغير باطلا، كما هو عليه الحال في اغلب تشريعات العالم. اما اذا كان الرضا غير كاف وحده لنقل الملكية، بل يشترط لنقل الملكية اتباع اجراءات معينة كان بيع ملك الغير صحيحا، وهذا ما كان عليه الحال في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي القديم، كما ان دراسة هذه الخصيصة تمكننا في الاخير من تحديد شروط بيع ملك الغير.

---

(1) راجع د. عباس حسن الصراف - المرجع السابق - ف 20 - ص 15 و 16 .

(2) بالاضافة الى انه عقد ملزم للجانبين، عقد معاوضة، محدد القيمة، وعقد منجز حال حياة العاقدين، لمزيد من الشرح راجع الدكتور سليمان مرقص - المرجع السابق، ف 14 - ص 24 وما بعدها .

ويلاحظ ان القانون الوضعي، يشترط في الثمن ان يكون نقدا، خلاف الشريعة الاسلامية اذ البيع فيها، اما ان يكون ثمنا بمثمون، او مثمونا بمثمون، ويسمى بيعا مطلقا، او ثمن بثمن، ويسمى صرفا، او عينا بذمة، ويسمى سلما، وان كان على الخيار سمي بيع خيار، وان كان على المرابحة سمي بيع مرابحة، وان كان على المزايدة سمي بيع مزايدة راجع بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد الحفيد، دار الفكر، ج 2، ص 94 .

./.

وسأتناول فيما يلي هاتين الخصيصتين :

<u>الخصيصة الاولى</u> : البيع عقد رضائي .

يتميز البيع بأنه عقد رضائي ، اى ينعقد بمجرد التراضي ، فاذا تم الاتفاق على جميع العناصر الجوهرية ، تم العقد ، دون حاجة الى تسليم المبيع او دفع الثمن ، ولا الى اى اجراء من الاجراءات ، وهذا تطبيقا لمبدأ سلطان الارادة الذى اصبح القاعدة العامة في الشرائع الحديثة ، اذ جعلت الارادة وحدها كافية لقيام العقد ، وليس العقد شكليا كما كان عليه في القانون الروماني ، اذ عرف هذا القانون مبدأ الشكلية ، على نطاق واسع ، فلم يكن الرضا وحده كافيا لقيام العقد ، او لنشوء الالتزام ، بل كان يضاف اليه اجراء من الاجراءات الخاصة المعروفة في هذا القانون ، وقد عبر فقهاوءه عن هذا المبدأ بقولهم : " ان الاتفاق المجرد لا يتولد عنه الالتزام " . ولئن كان تطبيق هذا المبدأ عاما في البداية ، الا انه فيما بعد استثنيت منه بعض العقود ، منها عقد البيع الذى صار عقدا رضائيا ، ينعقد بمجرد اتفاق المتعاقدين (1) . ولم يفرق القانون الروماني من حيث رضائية عقد البيع ، بيع المنقول والعقار ، فكلاهما عقد رضائي .

وكذالك جعلت الشريعة الاسلامية الرضا وحده كافيا لنشوء الالتزام التعاقدى ، ولم تعرف الشكلية طريقها اليها ، ذلك لانها ترتكز على مبادىء خلقية (2) . كما لم يفرق فقهاوءها بين ما اذا كان المعقود عليه منقولا او عقارا ، ففي بيع المنقول ، كما في بيع العقار ، تنتقل الملكية بمجرد تلاقي ارادتي البائع والمشترى . فحكم المنقول والعقار في الشريعة الاسلامية واحد (3) .

---

(1) راجع د. محمود سلام زناتي ـ نظم القانون الروماني ـ س1966 ـ ص 115 .

ولقد اخذت القوانين الحديثة بمبدا الرضائية في العقود ،على نطاق واسع،اذ جعلت الاصل في العقود الرضائية،واستثناء الشكلية في بعض العقود ،كما لم تفرق اغلب التشريعات الحديثة ،بين بيع العقار،وبيع المنقول ،من حيث رضائيتهما ،ومن بين هذه التشريعات،التشريع الفرنسي والتشريع المصرى ،اللذان جعلا بيع العقار كبيع المنقول ،عقدا رضائيا ، يتم بمجرد تلاقي ارادتي البائع والمشترى ،واذا كانت الملكية في بيع العقارات لا تنتقل بمجرد التعاقد ،لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير في القانون المصرى ،وكذلك في القانون الجزائرى ،وفي القانون الفرنسي بالنسبة للغير فقط - اذ تنتقل فيما بين المتعاقدين ،بمجرد التعاقد - الا بالشهر،وليس الشهر ركنا في انعقاد العقد ،وانما هو شرط لنقل الملكية ،فبيع العقار قبل شهره ،عقد قائم منشيء لالتزامات شخصية ،من بين هذه الالتزامات،التزام البائع بتسليم المبيع،والتزامه بنقل الملكية،ويتمثل هذا الالتزام الاخير في مساعدة البائع المشترى في اجراء الشهر،فان رفض البائع القيام بهذا الاجراء،جاز للمشترى في القانون المصرى أن يستصدر حكما قضائيا ،يثبت حصول البيع،وصحته ونفاذه،ويقوم هذا الحكم مقام العقد ،ويصح تسجيل الحكم،متى اصبح نهائيا (1) .

وشذ عن هذه القوانين ،القانون المدني العراقي ،الذى جعل التسجيل ركنا في انعقاد العقد ،فالعقد لا يعتبر منعقدا قبل تسجيله

---

(1) راجع .د . عبد المنعم البدراوى - الوجيز في عقد البيع - س 1970 - ف 15 - ص 28 و 29 .
وانظر حكم لمحكمة النقض المصرية في 1963/3/14 ،مجموعة احكام محكمة النقض الـ-ـجزء الاول - ص 298 .
وانظر حكم لمحكمة استئناف المصرية المجتمعة في 3ديسمبر 1927 .
المجموعة الرسمية للمحاكم الاهلية- س29 (1928) العدد 2 .ف 21 - ص 46 .

./.

في الدائرة المختصة ، اذ نصت المادة 508 منه على ما يلي : " بيع العقار لا ينعقد الا اذا سجل في الدائرة المختصة ، واستوفى الشكل الذى نص عليه القانون " . فعقد بيع العقار غير المسجل ، طبقا لهذا القانون لا ينشيء اى اثر ، وانما يقتصر فقط على تعويض المضرور ، من جراء عدم تنفيذ الطرف الناكل لالتزامه . وهذا ما نصت عليه المادة 1127 منه ، اذ جاء فيها ما يلي : " التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض اذا اخل احد الطرفين لتعهده سواء اشترط التعويض في التعهد ام لم يشترط " (1) . اذن فبيع العقار في القانون المدني العراقي ، عقدا شكليا يستلزم لانعقاده اتباع شكلية معينة ، هي التسجيل في الدائرة المختصة ، وليس التسجيل شرطا لنقل الملكية ، وانما هو ركن لانعقاد العقد .

ولقد نهج المشرع الجزائرى ، منهج المشرع العراقي ، في جعله بيع العقار عقدا شكليا ، اذ اشترط لانعقاد العقد ، اتباع اجراء قانوني معين هو التوثيق ، اى تحرير العقد في وثيقة رسمية ، عند موثق العقود فاذا لم يوثق العقد ، كان البيع باطلا بطلانا مطلقا ، لان التوثيق ركن في انعقاد العقد ، بالنسبة لبيع العقار . وهذا ما جاءت به المادة 12 من قانون تنظيم التوثيق الصادر في 15 ديسمبر سنة 1970 (2) . اذ نصت هذه المادة على ما يلي : " زيادة عن العقود التي يأمر القانون باخضاعها الى شكل رسمي فان العقود التي تتضمن نقل العقار او حقوق عقارية . . . . . ، يجب تحت طائلة البطلان ان تحرر هذه العقود في شكل رسمي مع دفع الثمن الى الموثق " . وايد حكم هذا النص وثبته ، نص المادة 61 من المرسوم

---

(1) راجع . د . عباس حسن الصراف ـ المرجع السابق ـ ف 320 ـ ص 140 و ف 334 ـ ص 146 .

(2) امر رقم 70-90 ، الجريدة الرسمية ، العدد 107 ، س السابعة .

./.

رقم 76 -63 الصادر في 25 مارس 1976 ،والمتضمن قانون تأسيس السجل العقارى (1) ،اذ جاء فيه : "كل عقد يكون موضوع اشهار في محافظة عقارية ،يجب ان يقدم على الشكل الرسمي".

ويتبين من هذا النص،انه يشترط لاتمام عملية شهر العقد ،يجب ان يكون العقد رسميا ،فاذا لم يقدم في شكل رسمي ،رفض شهره في المحافظة العقارية . وعلى ذلك فان بيع العقار ،غير المفرغ في وثيقة رسمية باطل ،بوصفه عقد بيع او بكونه وعد بالبيع ،وبهذا الحكم المجلس الاعلى ،اذ الغى وعدا ببيع عقار محرر في وثيقة عرفية ،حيث اعتبر الوعد بالبيع مساويا للبيع عند حصول رضا الطرفين على المبيع والثمن ،فهو عقد مسبق يمكن بموجبه نقل الملكية ،شأنه شأن عقد البيع تماما ، وبالتالي يخضع في صحته لشروط صحة عقد البيع ،فتطبق عليه المادة 12 من قانون التوثيق السالف الاشارة اليها (2) .

فاذا وثق عقد بيع عقار ،انعقد البيع صحيحا ،منتجا لمجرد التزامات شخصية بين المتعاقدين ،وبالتوثيق يحصل المشترى على سند تنفيذى وبه يمكن اجراء الشهر ،دون حاجة الى حكم لتنفيذه ،لان العقد الموثق ممهور بالصيغة التنفيذية ،فهو سند تنفيذى (3) . وقد اتبع المشرع الجزائرى في هذا كل من المشرع الالماني ،والمشرع السويسرى ،اللذين فصلا بين التصرف المنشىء للالتزامات ،والتصرف الناقل للملكية ،فالبيع العقارى في هذين القانونين ،اذا وثق رسميا ،اقتصر قبل تسجيله على انشاء التزامات

---

(1) الجريدة الرسمية ،العدد 30 ،س 13 .

(2) قرار المجلس الاعلى ،رقم 15933 ،الصادر بتاريخ 2/12/1979 ،غير منشور .

(3) راجع .د . محمد حسنين - الوجيز في القانون المدني الجزائرى - س 1982 - ص 102 .

./.

شخصيـة بيـن المتعاقديـن ، منهـا التـزام البائع بنقـل الملكيـة ،امـا نـقـل الملكيـة فعـلا فيكـون بعـد الشهـر مباشـرة (1) .

الخصيصة الثانية : البيع عقد ناقل للملكية .

تعـد هـذه الخصيصة ،اهـم خصائـص عقـد البيـع ،ولهـا علاقـة كبيـرة بموضوعنا ومـن اجـل استظهـار هـذه العلاقـة ،اقـوم بدراسـة موجـزة لعقـد البيـع مـن خـلال اهـم تطـور تـاريخي مر بـه ،ليصبـح عقـدا نـاقلا للملكيـة ،واتنـاول هـذه الخصيصـة فـي القـانون الرومانـي ،ثـم فـي القـانون الفرنسي القديـم ، ثـم فـي القوانيـن الحـديثـة ،واخيـرا فـي الشريعـة الاسلاميـة .

-أولا : البيع ونقل الملكيـة في القـانون الرومـاني .

على الرغـم مـن ان عقـد البيـع فـي القـانـون الرومـانـي ،كـان عقـدا رضـائيـا كما سبـق ان رأينـا (2) . الا انـه لـم يكـن يـرتـب علـى البـائـع سـوى التـزام واحـد هـو التـزامه بتمكيـن المشتـرى مـن وضـع يـده عـلـى المبيـع ،وحيـازتـه له حيـازة هـادئـة ،اما التـزام البـائع بنقـل الملكيـة ،فكـان لا يـتم الا بـاتبـاع احـد الاجراءات الشكليـة وهـي الاشهـاد، أوالـدعـوى الصوريـة ،او التسليم (3) .

اما الاشهـاد ،فكـان يستخـدم في العصـر العلمي ،ثـم فقـد الكثيـر من اهميته فـي عصـر الامبـراطـوريـة السفلـى ،اذ اصبـح المتعـاقـدون لا يقـومـون باجـراءاتـه ،

---

(1) راجع .د .عباس حسن الصراف - المرجع السابق -ف 325 - ص 142 .
(2) انظر : ص9 من هذا البحث .
(3) والاشهاد اجراء شكلي ،يتطلب وجود اشياء معينة ،واشخاص معينين والتفوه بعبارات معينة ،والقيام بحركات خاصة . اما الدعوى الصورية فترفع في شكل دعوى القسم العينية الى الحاكم القضائي ،ومعها الشيء المراد نقل ملكيته ،وهناك يقبض المشترى علـى الشيء بيده ،ويقرر ان هذا الشيء مملوك له فيطلب الحاكم القضائي من البائع ما اذا كان لديه ما يرد به هذا الادعاء ،فاذا اجاب بان ليس له اعتراض،اوصمت ولم يجـب قرر الحاكم اعطاء الشيء للمشترى .
راجع في هذا . محمود سلام زناتي - المرجع السابق - ص 367 وما بعدها .

./.

بصورة جديدة، وانما كانوا يكتفون بالنص في محرراتهم، بأن اجراءات الاشهاد قد اتبعت، الى ان اختفت في قانون جوستنيان، كما اختفت الدعوى الصورية، منذ نهاية العصر العلمي . واما التسليم فقد كان مقررا، منذ قانون الالواح، طريقة لنقل الاموال غير الاشهادية (1) . ثم اتسع نطاقه في العصر العلمي، واصبح الطريقة الوحيدة، لنقل الملكية في قانون جوستنيان بعد ان اختفت كل من الدعوى الصورية، والاشهاد، غير ان الرومان لم يشترطوا ان يقع التسليم بطريقة مادية، وفعلية، فقد كان يحدث بمجرد النظر الى العقار من فوق ربوة عالية، ومعاينة حدوده منها او بتغيير النية، دون انتقال الشيء ماديا، كما اذا كان الشيء موجودا من قبل في حيازة المشترى على سبيل الاجارة، او العارية، او بالعكس يقرر البائع انه استبقى الشيء عنده، على سبيل الاجارة، او العارية (2) .

نصل الى ان البيع في القانون الروماني، لم يكن ينقل الملكية ولا يرتب التزاما على البائع بنقلها، وانما كان يقف عند حد التزام البائع بنقل الحيازة الهادئة، ولهذا لم يكن للمشترى، اذا عرض عليه البائع، استلام الشيء المبيع ان يرفض تسلمه، او يرفض دفع الثمن، بحجة ان الشيء ليس ملكا للبائع، كما لم يكن له، اذا تسلم الشيء المبيع، ان يطالب البائع بالتعويض، على اساس انه لم يكن مالكا للشيء المبيع، ذلك انه لم يكن من بين التزامات البائع، الالتزام بنقل الملكية، فاذا بقي البائع حائزا للمبيع، ظل مالكا له، واذا كان الحائز شخصا اخر، غير المالك، استطاع نقل الحيازة للمشترى، عند التسليم لانه في امكان البائع شراء الشيء من مالكه، ثم ينقل ملكيته للمشترى، عند

---

(1) وهي الاموال التي ينظر اليها الرومان على انها اقل قيمة من الاموال الاشهادية وهذه الاخيرة، تعتبر اهم عناصر الثروة، راجع محمود سلام زناتي - المرجع السابق ص 173 .

(2) راجع . محمود سلام زناتي - المرجع السابق - ص 371 وما بعدها .

./.

التسليم، او الاشهاد ، او في حالة اذا لم يشتره ، ولكنه تملكه بالتقادم، وما دام المشترى حائزا للمبيع، ولم يستحق في يده، فلا يستطيع رفع دعوى على البائع، على اساس انه قد باع مالا يملك، وانما له ان يرجع عليه على اساس عدم تنفيذه لالتزامه ، بضمان حيازته للمبيع حيازة هادئة، وذلك اذا تعرض له المالك الحقيقي (1) . اما التزامه بنقل الملكية، فكان لا يتم بمقد البيع وحده، وانما يتطلب اجراء شكلي، اذ كان يفرق بين سند الملكية وهو البيع، وطريقة اكتساب الملكية، وهو اتباع الاجراءات السالفة الذكر، ولكي يترتب على هذه الاجراءات نقل الملكية، يشترط ان يكون البائع مالكا للمبيع، فاذا لم يكن مالكا، فان استخدام اى من هذه الاجراءات لا يؤدى الى اكتساب المشترى الملكية، ولو انتقلت اليه الحيازة، وذلك تطبيقا لقاعدة "ان فاقد الشيء لا يعطيه". او "لا يستطيع المرء ان يملك ما لا يملك". ولهذا كان للمشترى، عن طريق الاشهاد دعوى ضد البائع غير المالك، في حالة تعرض المالك الحقيقي، هذه الدعوى تلزم البائع، بدفع ضعف ثمن المبيع للمشترى، ولم يكن اساسها العقد. ذلك انها كانت في البداية تتوقف على اتفاق خاص، وكان محلها ضعف الثمن، ثم جرى العرف على حصول المشترى على تعهد من البائع عند ابرام العقد بأن يدفع له ضعف الثمن، اذا كان المبيع من السلع النفيسة، او ثمن المثل، اذا كان المبيع من السلع غير النفيسة، الى ان كرست قواعد القانون هذا العرف، فجعلت حصول المشترى على هذا التعهد، يتم بنفس الدعوى التي تترتب له على عقد البيع، فاذا امتنع البائع عن هذا التعهد عد هذا تدليسا منه، الى ان اصبح هذا التعهد متضمنا في عقد البيع، ولو لم يتم الاتفاق عليه صراحة، وبذلك اصبح التزام البائع بنقل الحيازة الهادئة، التزاما تعاقديا (2) .

(1) راجع .د .عبد العزيز عامر - عقد البيع - س1967، ف223- ص 242 .

(2) راجع .د .حلمي بهجت بدوى. مقاله تحت عنوان "بطلان بيع ملك الغير، علةهذا البطلان" مجلة القانون والاقتصاد - س الاولى 1931 - ص 593 و 594 .

./.

والسؤال الذى يقتضي طرحه هنا هو: هل نقل الملكية يعد من طبيعة البيع في القانون الروماني ،ام لا يعد كذلك؟

الجواب عن هذا التساؤل ، هو الاتي : ان نقل الملكية ، يعتبر من طبيعة البيع في هذا القانون ، والغرض الاساسي منه ،اذ وان كان البيع الروماني ، كمبدأ غير ملزم بنقل الملكية ،الا انه يجوز للمشترى ،ان يشترط في عقد البيع على البائع ،ان ينقل اليه الملكية ، وعلى العكس يعتبر شرطا باطلا ،لمنافاته لطبيعة البيع ،اذا كان هذا الشرط ، يمنع انتقال الملكية الى المشترى ،فاذا وجد اتفاق في العقد ،ينص على نقل الملكية فانه يكون للمشترى الرجوع على البائع ،حتى قبل التعرض ،اذا ثبت انه غير مالك ،في حين لا يستطيع في غير حالة الاتفاق ،او الغش رفع دعوى على البائع ،بحجة انه باع مال الغير ،اذا كان حائز/للمبيع ،وكان البائع حسن النية ،اى انه لا يعلم ،ان ما باعه ملك الغير ،ولكن اذا كان يعلم ذلك ،فان للمشترى مطالبة البائع بالتعويض مباشرة ،بسبب سوء نيته ،وحتى في حالة امتناع البائع المالك عن نقل الملكية ،فانه يعتبر مدلسا ، ويعود عليه المشترى على اساس التدليس(1) .

والجواب المتقدم ،يؤدى الى طرح سؤال اخر هو: اذا كان نقل الملكية يعتبر من طبيعة عقد البيع ،والغرض الاساسي منه ،فما هو السبب الذى منع الرومان من ان يجعلوا البيع ،عقدا ناقلا للملكية او على الاقل ،يولد التزاما على البائع بنقل الملكية .

الجواب عن هذا السؤال هو الاتي : ان حق التملك في القانون الروماني، كان قاصرا على الرومانيين وحدهم ،اما غيرهم من الاجانب فلم يكن من حقهم

---

(1) راجع .د . حلمي بهجت بدوى - مقاله السابق - ص 593 وما بعدها .
وراجع A.E.GIFFARD: Droit Romain et Ancien droit français (obligations) N° 83.P.56, et 57.

تمليك او تملك اى شيء ، ولما كان الرومان يتعاملون مع غيرهم من الشعوب ويبرمون معهم عقودا ، ولما كان الاجانب لا يمكنهم شراء شيء من روما ، دون ان يلتزم البائع باى التزام ، اضطر المشرع الروماني ، حفاظا على القاعدة الموجودة في القانون المدني ، والضرورة الملحة في تسهيل تعامل الرومان مع غيرهم من الاجانب ، الى ترتيب التزام على البائع ، هو التزامه بنقل الحيازة الهادئة ، المستمرة ، وهي حيلة قانونية يتمكن بواسطتها الرومان من التعامل مع غيرهم من الشعوب (1) .

اخلص الى ان عقد البيع في القانون الروماني ، لم يكن يلزم البائع بنقل الملكية ، وان الذى كان ينقلها ، هو احد الاجراءات الشكلية المذكورة ، ولهذا امكن ورود البيع على مال الغير ، وكان من ثم بيع ملك الغير صحيحا في هذا القانون .

ثانيا : البيع ونقل الملكية في القانون الفرنسي القديم .

ظل البيع في القانون الفرنسي القديم ، كما كان عليه في القانون الروماني عقدا غير ناقل للملكية ، ولا ينشيء التزاما على البائع بنقلها ، وكان يشترط لنقل الملكية ، الى المشترى في هذا القانون ، القيام باجراء من اجراءات نقل الملكية ورث عن العهد الروماني ، الا وهو التسليم . وكان في البداية ، يكتفي بالتسليم الرمزى ، والتسليم باليد الطويلة ، وبتغيير نية البائع ، كما كان عليه الحال في العهد الروماني ، الا انه فيما بعد اصبح هذا التسليم ، يتم في شكل صورى ، اذا كان المتعاقدون يلحقون بالعقد

---

(1) راجع . د . عبد الرزاق احمد السنهورى - المرجع السابق - ف 229 - ص 408 وهامش رقم (1) من نفس الصفحة .
وراجع . د . عباس حسن الصراف - المرجع السابق - ف 47 - ص 25 .

شرطا التسليم والتسلم Clause de dessaisine - saisine " بمعنى ان التسليم قد تم فعلا . الى ان الف الناس هذا الشرط، فاصبحوا يدرجونه في جميع عقودهم، بعد ان احسوا ان الغرض من البيع هو نقل الملكية وبأن شرط التسليم الفعلي، مناف لطبيعة العقد، وفي مرحلة تالية، اصبح هذا الشرط، محققا ضمنيا، ولو لم يكن منصوصا عليه في العقد صراحة، لدرجة ان بعض فقهاء هذا القانون امثال (برجون) Baurjon ، و(ارجو) Argou ، رأوا ضرورة الاخذ بمبدأ انتقال الملكية، بمجرد التعاقد، ما دام انه من الناحية العملية، لم يعد التسليم المادى للشيء المبيع لازما، غير انه وبالرغم من هذا الرأى، ظل الشراح يشترطون التسليم او على الاقل تضمين العقد شرط التسليم والتسلم، ومن ثم بقي عقد البيع عقدا غير ناقل للملكية، وملزما فقط للبائع بنقل الحيازة الهادئة كما كان عليه في القانون الفرنسي (1) .

- ثالثا : البيع ونقل الملكية في القوانين الحديثة .

بلغ التطور الذى لوحظ في اواخر عهد القانون الفرنسي القديم، درجة كبيرة اذ اصبح عقد البيع، عقدا ناقلا للملكية، من الوجهة الفعلية، اذ كان الفرنسيون يكتفون في عقودهم، بذكر شرط التسليم والتسلم ولو لم يتم التسليم فعلا . ولقد قام المشرع الفرنسي بتسجيل هذا التطور في التقنين المدني الصادر سنة 1804، وهو بذلك لم ينشيء المبدأ القائل بانتقال الملكية بمجرد التعاقد، وانما حول ما كان سائدا، عملا، الى قاعدة قانونية مكتوبة، ولذلك لم يثر هذا المبدأ القانوني، اية مناقشة .

---

(1) راجع د . عبد المنعم البدراوى - المرجع السابق - ف 83 - ص 134 و 135 . وراجع د . عبد الرزاق احمد السنهورى - المرجع السابق - ف 230 - ص 409 .

./.

واول نص تعرض لهذه المسألة ، نص المادة 711 ، التي اعتبرت العقد ذاته طريقة من طرق اكتساب الملكية ، ثم جاء نص المادة 1138 مدني مقررا هذا المبدأ صراحة ، فنص على ان : " الالتزام بتسليم شيء يتم بمجرد اتفاق المتعاقدين ، وهو يجعل الدائن مالكا ، ويجعل الشيء في ضمانه من الوقت الذى يكون فيه التسليم واجبا ، حتى ولم لم يتم التسليم بالفعل " . ثم طبق هذا المبدأ ، في عقد البيع ، اذ نصت المادة 1583 على ما يلي : " يعتبر البيع تاما ما بين الطرفين ، وتنتقل الملكية بقوة القانون الى المشترى ، من اللحظة التي يتم فيها الاتفاق على الشيء والثمن ولو لم يسلم الشيء او يدفع الثمن " .

ويرى بعض الفقهاء ، ان هذا المبدأ منصوص عليه ضمنا في عقد البيع ، واستنتجوا ذلك من ذكر المشرع في نص المادة 1582 ، التي تعرف البيع ، عبارة " التزام المشترى بالتسليم " وفي نص المادة 1603 عبارة " التزام البائع بالضمان " مما يفهم ان التزام البائع ، بنقل الملكية مفترض (1) .

ومما يؤكد وجود هذا المبدأ في القانون الفرنسي الحديث ، نص المادة 1599 مدني ، التي نصت على بطلان بيع ملك الغير ، اذ ان البائع اذا لم يكن مالكا ، لا يستطيع ان ينقل الملكية الى المشترى ، اما اذا كان مالكا فان الملكية تنتقل بمجرد العقد ، حتى بالنسبة لبيع العقار ، وذلك فيما بين المتعاقدين ، اما بالنسبة للغير ، فلا تنتقل الا من وقت تسجيل عقد البيع في مكتب التسجيل ، وذلك طبقا للقانون الخاص بالتسجيل الذى صدر في 23 مارس 1955 .

---

(1) Planiol.Ripet.Hamel(droit civil français(vent)T.IO.I956. ... N° 9 P.IO.

./.

وقد حذت حذو هذا التقنين تقنينات دول كثيرة، من بينها التقنين المدني المصري، والتقنين المدني الجزائري، اذ نصت المادة 165 مدني جزائري، "الالتزام بنقل الملكية، او اى حق عيني آخر من شأنه ان ينقل بحكم القانون الملكية او الحق العيني، اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الاحكام المتعلقة بالاشهار العقاري"، وهذه المادة تقابل المادة 204 مدني مصري.

كما نصت المادة 792 مدني جزائري: "تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في العقار بالعقد متى كان الشيء مملوكا للمتصرف طبقا للمادة 164 وذلك مع مراعاة النصوص التالية" (1). وهذه المادة تقابل المادة 932مدني مصري.

---

(1) ويؤخذ على نص المادة 792 مدني جزائرى مأخذان، اولهما شكلي، والثاني موضوعي فمن الناحية الشكلية يلاحظ ما يلي :

1- ان هذه المادة تشير الى ضرورة مراعاة نصوص تالية، في حين لا يوجد سوى نص واحد، هو نص المادة 793.

2- تحيل هذه المادة على المادة 164 التي تكلمت على تنفيذ الالتزام، في حين كان يجب ان تحيل على المادة 165 التي تكلفت على نقل الملكية.

اما من الناحية الموضوعية، فان المادة 792 تتكلم عن انتقال الملكية في العقار بمجرد العقد، وتأتي المادة 793 لتنفي ما نصت عليه المادة الاولى، فكان الواجب تخصيص المادة الاولى، اى المادة 792 للكلام عن انتقال الملكية في المنقول بمجرد التعاقد، اذا كان المنقول مملوكا للمتصرف، طبقا للمادة 165، وتبقى المادة 793 على ما هي عليه، اذ تكلمت على انتقال الملكية في العقار.

./.

وبالرجوع لقانون اعداد مسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقارى(1) نجده يؤكد على ان الملكية في العقارات لا تتم لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير، الا من تاريخ نشر عقودها في مجموعة البطاقات العقارية. اذ نصت المادة 15 من هذا القانون على ما يلي: "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير الا من تاريخ يوم اشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية". كما نصت المادة 16 من نفس القانون على: "ان العقود الارادية والاتفاقات التي ترمي الى انشاء او نقل او تصريح اوتعديل او انقضاء حق عيني لا يكون لها اثر حتى بين الاطراف الا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية".

واضح من هذين النصين، ان الملكية في بيع العقارات، لا تنتقل بمجرد ابرام العقد، اى بتوثيق العقد، لدى الموثق، بل تنتقل من تاريخ اشهار العقد، في مجموعة البطاقات العقارية، اذن فبيع العقار غير المشهر، والذى تم توثيقه، لا ينشئ سوى حقوق شخصية اما الحقوق العينية، فلا تنشأ الا من يوم شهر العقد، سواء بالنسبة للغير، وحتى بالنسبة للمتعاقدين.

-رابعا : البيع ونقل الملكية في الشريعة الاسلامية.

ان الرضا وحده في الشريعة الاسلامية، كاف لنقل الملكية، من ذمة البائع، الى ذمة المشترى دون حاجة الى اى اجراء اخر، فبمجرد الاتفاق

---

(1) صدر هذا القانون في 18 نوفمبر 1975. الجريدة الرسمية - السنة 12، العدد 92.

./.

تنتقل الملكية بقوة القانون، ويرجع ذلك الى ان عقد البيع في الشريعة الاسلامية، عقد رضائي من جهة، ومن جهة ثانية، ان الفقه الاسلامي، لا يفصل بين سند الملكية وبين الطريقة الناقلة لها . وهذا ما نصت عليه المادة 332 من كتاب مرشد الحيران، اذ جاء فيها ما يلي:
" حكم البيع المنعقد صحيحا لازما ان يثبت في الحال ملك المبيع للمشترى وملك الثمن للبائع، فينتقل ملك المبيع للمشترى ولورثته ان مات قبل قبضه سواء كان المبيع منقولا او عقارا، او جزء شائعا من المنقول او العقار او حقا من حقوقه".

وهذا ما تضمنته ايضا نص المادة 343 من نفس الكتاب، التي عرفت البيع بأنه : " تمليك البائع مالا لمشتر بمال يكون ثمنا للمبيع" (1) .

وعليه فان الملكية في الشريعة الاسلامية تنتقل بالعقد، مباشرة، سواء كان المبيع منقولا، او عقارا، ولهذا يشترط لانعقاد البيع، عند بعض الفقهاء ولنفاذه عند اكثرهم، ان يكون البائع مالكا للمبيع(2).
ان انتقال الملكية في الشريعة الاسلامية، هو حكم اصلي لعقد البيع، وليس التزاما، من بين الالتزامات الناشئة عنه (3) . وهنا نلمس الفرق بين الشريعة الاسلامية، وقانوننا المدني، ففي الشريعة الاسلامية العقد ذاته ينقل الملكية، ولا يقتصر فقط على انشاء التزام على البائع بنقلها، بينما في التقنين المدني الجزائرى، وكذلك المصرى العقد فيهما ينشىء التزاما على البائع بنقل الملكية، حتى في الحالة التي ينسب فيه هذا النقل للعقد ذاته، وفي حالة المنقول المعين بالذات

---

(1) راجع : كتاب مرشد الحيران لمحمد قدرى باشا - المرجع السابق .
(2) راجع . د . عباس حسن الصراف - المرجع السابق - ف 32 - ص 21 .
(3) راجع . د . مصطفى احمد الزرقاء - المرجع السابق - ف 25 - ص 33 .

./.

المملوك للبائع ،فالعقد في هذه الحالة ،ينشيء التزاما على البائع بنقل الملكية ،وان كان تنفيذ هذا الالتزام يتم فورا بمجرد نشوئه .

*
****

المبحث الثاني

شروط بيع ملك الغير

يلاحظ منذ البداية ،اننا نكون بصدد بيع ملك الغير ،عندما تتوافر شروط انتقال الملكية ،بمجرد التعاقد ،ويكون البائع في هذا الوقت غير مالك ،ويستخلص هذا من نص المادة 397 مدني جزائري التي اعطت للمشترى الحق في طلب ابطال البيع ،اذا كان البائع ، غير مالك ،لان البائع ،اذا لم يكن مالكا فانه لا يستطيع نقل الملكية . ومسألة ملكية البائع للمبيع ،لا تثور الا عندما تتوافر جميع شروط انتقال الملكية ،بمجرد التعاقد ،اما عند عدم توافرها فانه لا يشترط لصحة عقد البيع ،ان يكون البائع مالكا ،فقد يكون البائع غير مالك ومع ذلك لا يبطل العقد . فلكي نكون امام بيع ملك الغير اذن ،لا بد ان تجتمع كافة شروط نقل الملكية ،بمجرد التعاقد ،بالاضافة الى شروط اخرى تستلزمها طبيعة هذا البيع .

، واتناول فيما يلي شرح هذه الشروط .

- الشرط الاول : ان يكون التصرف بيعا .

يجب ان يكون الاتفاق بيعا ،فاذا كان الاتفاق مجرد تعهد عن الغير

./.

كأن يتعهد شخص بأن يحصل على رضا المالك ليبيع للمتعهد له الشيء الذى رغب في شرائه فهذا ليس بيعا (1). ذلك ان المتعهد، لا يلتزم بمقتضى هذا الاتفاق بنقل ملكية الشيء المرغوب في شرائه، وانما يلتزم فقط بحمل المالك (المتعهد عنه) ببيع ذلك الشيء، فاذا رفض المالك البيع، فان المتعهد له لا يستطيع ان يجبر المتعهد، اوالمتعهد عنه، بتنفيذ الاتفاق، وانما يجبر فقط بالتعويض تطبيقا للمادة 114 مدني جزائرى .

وكذلك اذا كان الاتفاق، مجرد وعد بالبيع، فالوعد بالبيع، عقد فيه ايجاب وقبول، من الواعد والموعود له، اذ يتفقان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، ولكن الايجاب والقبول لا ينصبان على البيع ذاته، وانما على مجرد وعد بالبيع، فهو اذن ليس بعقد بيع، وانما هو وعد بالبيع، والالتزام الذى يترتب في ذمة الواعد، هو الالتزام بعمل، ويتمثل هذا الالتزام في ابرام عقد البيع النهائي مع الموعود له، اذا ما اظهر هذا الاخير رغبته في الشراء في المدة المحددة، فحق الموعود له قبل ابداء رغبته، حق شخصي لا عيني، وبناء على ذلك اذا لم يكن الواعد مالكا، وقت الوعد، صح الوعد رغم ذلك، اما اذا اظهر الموعود له رغبته، تحول الوعد الى البيع، من يوم اظهار هذه الرغبة، ولذلك عندما لا يكون الواعد مالكا، في هذا الوقت عد بائعا لملك الغير، وطبقت عليه احكامه (2).

---

(1) راجع.د .عبد الرزاق احمد السنهورى - المرجع السابق - ف 154 - ص 272 .
وراجع.د .جلال العدوى وانور سلطان - عقد البيع - س 1966 - ف 243 - ص184 .

(2) راجع.د . عبد المنعم البدراوى - المرجع السابق - ف 284 - ص 412 .

./.

- الشرط الثاني : ان يكون المبيع موجودا ومعينا بالذات يوم ابرام البيع .

لكي تنتقل الملكية للبائع بمجرد ابرام عقد البيع ، يجب ان يكون الشيء المبيع ، موجودا في هذا الوقت ، اما اذا كان غير موجود ، ولكن سيوجد في المستقبل ، وكان البائع غير مالك للمبيع ، يوم ابرام العقد ، فلا يعتبر بائعا لمال الغير ، وان كان في الوقت ذاته ، لا يبيع ماله ، فلكي يعتبر بائعا لمال غيره ، يجب ان يكون المبيع موجودا ، وقت ابرام العقد ، ولا يكفي ان يكون المبيع موجودا ، بل يجب ايضا ان يكون معينا بالذات ، فاذا انصب البيع على شيء معين بالنوع ، فانه يكون صحيحا ، حتى ولو لم يكن البائع مالكا للمبيع ، وقت التعاقد ، وهذا يتفق مع طبيعة المبيع لان التنفيذ العيني ممكن في جميع الحالات ، حيث يلتزم البائع ، بأن ينقل للمشترى شيئا يتوافر فيه الوصف المطلوب ، ومن ثم لا يكون للمشترى ان يطلب ابطال العقد (1) .

- الشرط الثالث : انلايكون البائع مالكا .

ان مسألة ملكية البائع للمبيع لا تثور ، الا حينما يكون المبيع موجودا ومعينا بالذات ، اثناء انعقاد العقد ، لان بيع الشيء المستقبل ، وبيع الشيء المعين بالنوع ، بيعان صحيحان ، ولو لم يكن البائع مالكا للمبيع في هذا الوقت ، اذ يقتصر العقد في البيعين ، على انشاء التزام على البائع بنقل الملكية ، وهذا الالتزام ، يتمثل في تعيين المبيع اذا كان موجودا ، او ايجاده وتعيينه ، اذا كان غير موجود . وقد لا يكون البائع مالكا للمبيع

---

(1) راجع . د . توفيق حسن فرج - عقد البيع والمقايضة - س 1970 - ف 77 - ص121
وراجع . د . عبد الرزاق احمد السنهورى - المرجع السابق - ف 154- ص 272 .

./.

ولكن تكون له سلطة اجراء البيع، باعتباره وكيلا او وليا، او وصيا، فاذا كان للبائع هذه السلطة، فان البيع الذى يعقده الوكيل، او الولي، او الوصي، لا يعتبر بيعا لمال الغير، ولو انه في الحقيقة غير مالك للمبيع فعلا، وذلك اذا تصرف في الحدود المرسومة له لانه في هذه الحالة يبرم البيع باسم المالك الحقيقي، ولصالحه (م571 مدني جزائرى) . اما اذا تجاوز النائب حدود نيابته، فانه يكون في مركز البائع لمال الغير والاصيل هنا هو الغير، غير ان المشرع لم يجعل بيع النائب متجاوزا حدود نيابته، قابلا للابطال، بل انه اغفل الجزاء الذى يلحق هذا البيع، واكتفى فقط بتحريمه (م 575 مدني جزائرى) . ومن ثم ولعدم وجود النص التشريعي، فاننا نطبق حكم الشريعة الاسلامية، في هذا الخصوص، باعتبارها المصدر الثاني للقانون الجزائرى، فيلجأ اليها في حالة غياب النص التشريعي، ولذلك نقول، تطبيقا لاحكام الشريعة الاسلامية ان هذا البيع يعتبر بيعا موقوفا على اجازة الاصيل، ان اجازه نفذ، وان رفضه سقط (1) .

- الشرط الرابع : الا يكون البيع موقوفا او مؤجلا .

قد يكون المبيع موجودا، ومعينا بالذات، غير ان المتعاقدين يتفقان على تأجيل نقل الملكية، وهذا جائز قانونا، لان نقل الملكية بمجرد العقد في المبيع المعين بالذات، ليس من النظام العام، وبما ان الملكية لا تنتقل للمشترى، في هذه الحالة بمجرد التعاقد، فلا يشترط ان يكون

---

(1) ويلاحظ ان هذا التصرف، هو ما يعتبر فعلا بيعا لملك الغير في الشريعة الاسلامية، لان الفضولي، هو من يبيع ملك غيره دون توكيل او ولاية راجع في هذا المعنى . د . عبد الرزاق احمد السنهورى - مصادر الحق في الفقه الاسلامي - بدون تاريخ، ج 4 - ص 95 - هامش رقم (1) .

البائع مالكا للمبيع الا في الاجل المتفق عليه، فاذا حل الاجل ولم يكن البائع مالكا، جاز للمشترى طلب ابطال البيع على اساس ان البائع باع له مالا يملك . اما اذا حصل الاتفاق على تأجيل دفع الثمن، لا على نقل الملكية، وكان البائع غير مالك للمبيع، كان البيع بيعا لملك الغير لان دفع الثمن لا يؤثر على نقل الملكية فور ابرام العقد (1) .

كما لا نكون بصدد بيع ملك الغير، اذا علق البائع البيع على شرط ان يكتسب هو ملكية المبيع، فنكون امام بيع معلق على شرط واقف، هو ان يكتسب البائع ملكية الشيء المبيع، فالبيع هنا ليس باتا، وقد اتفق المتعاقدان على كون البيع غير بات، بل معلق على شرط، فاذا تحقق الشرط، واصبح البائع مالكا للمبيع، صح البيع، وانتقلت الملكية الى المشترى واذا لم يتحقق الشرط، سقط البيع .

كما لا نكون بصدد بيع ملك الغير، اذا باع شخص شيئا معينا بالذات ملكيته هو معلقة على شرط واقف . او فاسخ، لان البائع هنا يبيع ماله، وان كانت ملكيته غير باتة، فتنتقل الملكية بوصفها هذا الى المشترى، فيكون هذا الاخير مالكا للمبيع تحت شرط واقف، او تحت شرط فاسخ، فاذا تحقق الشرط الواقف، او لم يتحقق الشرط الفاسخ، اصبحت ملكية المشترى باتة باثر رجعي . وهذه الصورة الاخيرة تختلف عن سابقتها في كون البيع هنا بات، وملكية المبيع هي المعلقة على شرط، بينما في الصورة السابقة ملكية المبيع باتة، والبيع هو المعلق على شرط . ولا نكون بصدد بيع لملك الغير الا في حالة ما اذا باع البائع المبيع، على اساس انه مالك له ملكية باتة، في حين ملكيته معلقة على شرط، ثم تخلف الشرط

---

(1) راجع .د . علي علي سليمان ـ العقود المسماة ـ محاضرات القيت على طلاب الحقوق السنة الثالثة ـ س 75 / 76 ـ ف 17 ـ ص 27 .

./.

الواقف، او تحقق الشرط الفاسخ . لان لتحقق الشرط يكون له اثر رجعي يستند الى يوم العقد، فحينئذ يكون قد باع ما لا يملك (1) .

- الشرط الخامس : عدم تقرير حماية قانونية للمشترى .

ومقتضى هذا الشرط، ان شخصا يظهر امام الناس، بصفته المالك ويتعامل معهم على هذا الاساس، بينما هو في الحقيقة، ليس مالكا للمبيع ويكون المتعامل معه حسن النية، فالقانون يحكم بصحة التصرفات التي يجريها المالك الظاهر، والقول بصحة بيع المالك الظاهر يخالف نص المادة 397 من القانون المدني الجزائرى، التي اشترطت لصحة البيع، ان يكون البائع مالكا للمبيع، والحكمة من جعل هذا البيع صحيحا، ونافذا في حق المالك الحقيقي، هو حماية المشترى حسن النية، الذى اشترى من مالك ظاهر من جهة وتأمين واستقرار للمعاملات بين الناس من جهة ثانية . مثال ذلك ان يبيع شخص اموال التركة بوصفه الوارث الحقيقي، الوحيد، ثم يظهر بعد ذلك ان هناك وارثا اخر يحجبه حجب حرمان، فنكون بصدد وارث ظاهر، اذا باع هذا الاخير الاموال الى شخص حسن النية، فينفذ هذا البيع في حق المالك الحقيقي (اى الوارث الحقيقي). اما اذا كان المشترى سيء النية، فللمالك الحقيقي، استرداد امواله التي ورثها .

والملاحظ انه ليس هناك نص في التقنين المدني الجزائرى، او المصرى او الفرنسي، عالج هذه الحالة، انما الفقه والقضاء في فرنسا عمدا الى تأصيل حماية المشترى من الوارث الظاهر، بتطبيق قاعدة عرفية، استقرت في

---

(1) راجع .د . عبد الرزاق احمد السنهورى - المرجع السابق - ف 154 - ص 273و274 .
و.د . عبد المنعم البدراوى - المرجع السابق - ف 284 - ص 411 و 412 .
و.د . علي علي سليمان - المرجع السابق - ف 17 - ص 25 و 26 .

./.

فقه القانون المدني ، منذ امد بعيد ، فاصبحت من اصوله العامة وهي ان الغلط الشائع يولد الحق (1) .

ونرى ان هذا الاتجاه ، وان لم يقره المشرع الجزائري صراحة ، غير انه عمد في اكثر من نص الى حماية الاوضاع الظاهرة ، من بين هذه الاوضاع وضعية الحائز لمنقول بحسن نية ، فانه يصبح مالكا له من تاريخ الحيازة (م 835 مدني) . وللمشتري حسن النية ، الذي اشترى من بائع مالك للشيء المبيع بسند صوري ، ان يحتج بحقه استنادا الى حكم المادة 198 مدني ، التي تقتضي بان للخلف الخاص ، متى كان حسن النية ان يتمسك بالعقد الصوري . والدائن المرتهن الحسن النية الذي يرتهن عقارا من مالك ، تقرر ابطال سند ملكيته ، او فسخه ، او الغائه ، او زواله ، له ان يتمسك بصحة العقد استنادا الى حكم المادة 885 مدني .

انتهى الى ان بيع ملك الغير ، هو بيع شخص لشيء معين بالذات لا يملكه بتاريخ ابرام البيع ، وليس له سلطة اجراء البيع لا قانونا ولا اتفاقا ولم تكن للمشتري حماية قانونية . ويستوي بعد ذلك ان يكون البيع مدنيا ، او تجاريا (2) . اختياريا او اجباريا ، منقولا او عقارا .

غير ان بيع العقار في القانون الجزائري قد زالت الحكمة من ابطاله بعد صدور قانون اعداد مسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري الصادر في 12 نوفمبر 1975 (3) وقانون اعداد مسح الاراضي العام ، وقانون

---

(1) راجع . د . شمس الدين الوكيل - نظرية التامينات في القانون المدني - ط الثانية ، س59 ف 46 - ص 121 وما بعدها .

(2) ولو ان في البيع التجاري ، قلما تتحقق دعوى الابطال بسبب ان المبيع عادة يكون من الاشياء المثلية . انظر . د . جلال العدوي وانور سلطان - عقد البيع - س 1966 ف249 - ص 188 .

(3) امر رقم 75-74 - الجريدة الرسمية ، السنة 12 ، العدد 92 .

./.

تأسيس السجل العقاري، الصادر في 25 مارس 1976 (1) . ذلك ان المشرع اخذ في هذين القانونيين، بنظام الشهر العيني وهذا النظام كما هو معلوم يقوم على عنصرين هما :

- الاول : ان التصرفات لا تشهر وفقا لاسماء الاشخاص، كما هو عليه الحال في نظام الشهر الشخصي، بل وفقا للعقارات ذاتها، فيخصص لكل عقار بطاقة خاصة به، يحدد فيه بطاقته، ومالكه، وكل ما يتعلق به من التصرفات التي اجريت عليه وما يثقله من حقوق، فاذا اراد شخص ان يتعامل في عقار ما، فما عليه الا ان يرجع للبطاقة العقارية المخصصة له، ليعرف حالة العقار معرفة دقيقة فيقبل على هذا التصرف، وهو مطمئن كل الاطمئنان .

- الثاني : ان للشهر في هذا النظام، حجية مطلقة، فالتصرفات التي يراد شهرها يجب التحرى عنها، والتأكد من صحتها، فيلتزم المحافظ العقارى من التأكد من شخصية واهلية الاطراف الموجودين على وسائل الاثبات، ومن صحة الاوراق المطلوبة (المادة 22 من قانون اعداد مسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقارى الصادر في 12 نوفمبر سنة 1975، السالف الاشارة اليه) . والنتيجة التي تترتب على هذه التحريات الدقيقة، ان التصرف الذى يشهر، تكون له حجية كاملة، فينتقل الحق العيني، الى المتصرف اليه، لا بناء على التصرف الصادر، بل بناء على شهر الحق، فالشهر لا التصرف، هو الذى ينقل الحق، ومهمة الشهر في هذا النظام، نقل الحق العيني لا مجرد اعلان التصرف للغير، ومن غير المتصور في ظل هذا النظام ان يقوم شخص ببيع عقار لا يملكه، فاذا توصل الى هذا البيع، رغم التحريات الدقيقة وتم شهر البيع، فان الملكية تنتقل الى المشترى، بالشهر،

---

(1) الاول مرسوم رقم 76 - 62 . والثاني مرسوم رقم 76 - 63 . الجريدة الرسمية، السنة 13 - العدد 30 .

ولا يبقى للمالك الحقيقي سوى المطالبة بالتعويض .

اما في الشريعة الاسلامية ، فنكون بصدد بيع ملك الغير (او بيع الفضولي) اذا قام شخص ببيع مال غيره ، دون ولاية او توكيل (1) .

*
****

المبحث الثالث

تميز بيع ملك الغير عن غيره من الانظمة المشابهة

يتشابه بيع ملك الغير مع نظامين هما ، بيع المال المملوك شيوعا ، وضمان التعرض والاستحقاق ، ولهذا يقتضي تمييزه عنهما ، وهو ما اتناوله فيما يلي : في مطلبين ، اخصص الاول منهما لتمييز بيع ملك الغير عن بيع المال المملوك شيوعا ، واخصص الثاني لتمييز بيع ملك الغير عن ضمان التعرض والاستحقاق .

المطلب الاول : تمييز بيع ملك الغير عن بيع المال المملوك شيوعا .

يدق التمييز بين بيع ملك الغير ، وحالتين من حالات بيع المال المملوك شيوعا ، وهما حالة بيع الشريك المال المشاع كله ، دون رضاء بقية الشركاء معه لان الشريك هنا يبيع ماله ومال غيره ، وحالة

---

(1) انظر : كتاب البهجة في شرح التحفة - لتسولي . ج 2 - ص 64 .
وانظر : حاشية رد المحتار - لابن عابدين . ط 2 - س 1966 - ص 106 .

بيع الشريك حصة مفرزة من المال المشاع، ذلك ان نصيبه من هذا المال المشاع، لم يعرف بعد، ولا يمكن معرفته الا بعد اجراء قسمة هذا المال، وقد يقع جزء مما باعه في نصيب غيره من الشركاء، فيكون قد باع بالاضافة الى حصته، حصة غيره او جزء منها، فما حكم هذين التصرفين، وهل ينطبق عليهما احكام بيع ملك الغير؟ هذا ما احاول معرفته في الفقرتين التاليتين :

- أولا : حكم بيع الشريك كل المال الشائع .

اختلف الفقهاء في شأن هذا البيع، فبعضهم (1) فرق بين المشترى حسن النية والمشترى سيء النية، فأجاز للمشترى طلب ابطال كل البيع اذا كان يجهل ان البائع لا يملك كل المبيع، اما اذا كان يعلم ان البائع لا يملك كل المبيع فلم يجز له سوى المطالبة بابطال البيع فيما يتعلق بحصص باقي الشركاء على اساس ان البيع بيع لملك الغير، اما فيما يتعلق بحصة البائع، فيعتبر البيع صحيحا، ومن ثم لم يجز له المطالبة بابطال البيع. وانما اجاز له البعض (2) المطالبة بفسخ العقد على اساس تفرق الصفقة .

اما اخرون (3)، فقد اعتبر هذا البيع، صادرا من غير مالك بالنسبة الى ما زاد على حصته، ويكون قابلا للابطال فيما بين طرفيه طبقا لحكم

---

(1) انظر د. انور سلطان - المقايضة والبيع - ط الثانية - س 1951 - ف 415 - ص413 و 414 . انظر الاستاذ نجيب الهلالي وحامد زكي - عقد البيع - ط 3 - ف 193 - ص 180 و181 . وانظر د . محمد عرفه - نظام الشيوع في التقنين المدني الجديد مجلة القانون والاقتصاد، س 2 - ف - 19 - ص 50 و 51 .

(2) انظر د . عبد الرزاق احمد السنهورى - المرجع السابق - ف 169 - ص303 - 304 . وانظر موءلفه - حق الملكية - ج 8 - س 1967 - ف 534 - ص 879 .

(3) انظر د. عبد المنعم فرج - حق الملكية - ط2 - س1967 - ف137 - ص206-207 . وانظر د. منصور مصطفى منصور - حق الملكية في القانون المدني المصرى - س 1965 ف 69 - ص 179 .
V. Juris classeur 8° 1976 N° 103.P.14.

المادة 466 مدني مصرى . فاجاز للمشترى طلب ابطال البيع، دون حاجة الى انتظار نتيجة القسمة، وسواء وقع المشترى في غلط او لم يقع اما بالنسبة للشركاء الذين بيعت حصصهم، فالبيع لا يسرى في حقهم فيما يخص حصصهم، اما على اساس المادة 466 مدني مصرى، او على اساس القاعدة العامة في الشيوع، التي تقضي بأنه ليس للشريك ان يأتي عملا فيه مساس بحقوق الشركاء الاخرين ومن ثم يجوز لهم ان يرفعوا دعوى تثبيت ملكيتهم، وعدم نفاذ البيع فيما زاد على حصة الشريك البائع دون انتظار نتيجة القسمة .

والحقيقة ان الراى الاول، هو الراى الصائب، ذلك ان الشريك البائع مالك للمبيع، وان شاركه اخرون في ملكيته، وعليه فان ما يعتبر فعلا بيعا لملك الغير، هو حصص باقي الشركاء فقط، اما حصة الشريك البائع، فنفرق في شأنها بين حالتين، حالة اعتقاد المشترى ان البائع يملك كل المال الشائع، فيكون قد وقع في غلط، فيجوز له طلب ابطال البيع للغلط، وحالة علمه ان للبائع شريكا في المال الشائع ويقبل البيع، على اساس ان البائع يستخلص ملكية المال الشائع كله ثم ان البائع لا يتمكن من ذلك، فيجوز له في هذه الحالة طلب فسخ العقد، لعدم تنفيذ البائع لالتزامه .

- ثانيا : حكم بيع الشريك جزءا مفرزا من المال الشائع .

تناولت المادة 2/714 مدني جزائرى بيع الشريك جزءا مفرزا من المال الشائع، غير انها اقتصرت على ذكر حكم هذا البيع بعد القسمة واغفلته بعدها . وعليه يجب التفرقة بين حكم هذا البيع قبل القسمة وحكمه بعدها، وابدأ بحكم هذا البيع بعد القسمة لانها موضحة بنص المادة، ولان ما اختاره من الاراء بالنسبة لحكم البيع قبل القسمة يكون بناء على دراسة هذه المادة .

./.

أ) حكم بيع الشريك جزءا مفرزا من المال الشائع بعد القسمة :

نصت المادة 2/714 مدني جزائرى على ما يلي : " واذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى المتصرف بطريق القسمة

وللمتصرف اليه الحق في ابطال التصرف اذا كان يجهل ان المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة" .

يستخلص من نص هذه المادة ، ان الشريك عندما يبيع جزءا مفرزا من المال الشائع ، ثم يقع في نصيبه جزء اخر غير الجزء الذى باعه ، فان هذا الجزء يحل محل الجزء الذى ورد عليه البيع ، وينتقل الى المشترى عن طريق القسمة ، اى يحل الجزء الذى وقع في نصيب الشريك البائع ، محل الجزء الذى اشتراه المشترى حلولا عينيا . غير ان للمشترى ابطال البيع اذا كان يجهل ان البائع لا يملك العين المباعة مفرزة .

يفهم بمفهوم المخالفة من هذه المادة ، ان المشترى اذا كان يعلم بأن البائع لا يملك العين مفرزة ، وانما يملكها على المشاع ، فلا يجوز له طلب ابطال البيع ، كما لا يجوز له طلب ابطال البيع اذا وقع الجزء الذى باعه الشريك في نصيبه من باب اولى ، سواء كان المشترى يعلم او يجهل حالة الشيوع ، فلا يستطيع ان يطالب بابطال البيع على اساس انه كان يجهل حالة الشيوع ، ما دام ان الشيء المفرز المباع قد وقع فعلا في نصيب الشريك البائع ، واصبح هو مالكا ملكية مفرزة .

واضح من نص المادة 2/714 مدني ، ان بيع الشريك جزءا من المال المفرز لا يعتبر بيعا لمال الغير ، لانه في حالة ما اذا كان المشترى يعلم ان البائع مالك على الشيوع ، فانه يخضع لمبدأ الحلول العيني ، اما اذا

كان يجهل حالة الشيوع فان البيع يبطل على اساس قواعد الغلط .

ب) حكم بيع الشريك جزءا مفرزا من المال المشاع قبل القسمة .

سبق ان ذكرنا ان بيع الشريك جزءا مفرزا من المال الشائع قبل القسمة لم تتناوله المادة 2/714 . فنطبق في هذا الخصوص القواعد العامة في التعاقد ، فاذا كان المشترى يجهل حالة الشيوع ، بحيث كان يعتقد ان البائع يملك المبيع مفرزا فيكون قد وقع في غلط في صفة جوهرية في الشيء المبيع ، فيجوز له طلب ابطال البيع طبقا للمادة 81 مدني جزائرى ، لانه قصد شراء حصة مفرزة ، لا حصة شائعة اما اذا كان المشترى يعلم ان البائع لا يملك المبيع مفرزا ، وانما يملكه شائعا فقد اختلفت اراء الفقهاء ، وملخص هذه الاراء يحوم حول ما اذا كان هذا البيع يعتبر بيعا لملك الغير ، ام لا يعتبر كذلك .

فالفقهاء (1) الذين اعتبروه بيعا لملك الغير ، قالوا ان الشريك البائع لا يملك وحده الجزء الذى باعه ، وانما يملكه معه سائر الشركاء الاخرين فيكون الشريك البائع قد باع مال غيره ، بقدر ما للشركاء من حقوق في هذا الجزء ، وبالتالي يجوز للمشترى طلب ابطال البيع ، دون انتظار نتيجة القسمة .

ومن بين الحجج التي اوردها هؤلاء الفقهاء هي :

1 - ان ارادة المتعاقدين اتجهت الى بيع جزء معين بالذات ، لا الى جزء مفرز او ما يحل محله .

---

(1) انظر . د . عبد المنعم فرج - المرجع السابق - ف 138 - ص 212 .
وانظر . د . منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ف 69 - ص 171 وما بعدها .

2- ان المادة 2/826 مدني مصرى ، تناولت بيع المال المفرز بعد القسمة ، لا قبلها وليس من العدالة في شيء حرمان المشترى من طلب ابطال البيع ، وحمله على انتظار نتيجة القسمة ، التي قد تطول ، وتلحق به ضررا .

اما الفقهاء (1) الذين لم يعتبروه بيعا لملك الغير ، فقد قالوا بأن الشريك حينما يبيع جزءا من المال المشاع ، فانما يبيع ما يملك ، فبيعه صحيح غير نافذ في حق الشركاء الباقين فيما يتعلق بحصصهم . فمعنى انه صحيح ، لان المشترى ، وهو يعلم ان البائع لا يملك كل الجزء المفرز الذى يبيعه يكون قد ارتضى شراء ما ستتركز عليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة . اما انه غير نافذ في حق الشركاء الاخرين ، فيما يتعلق بحصصهم فانه يجوز لهم ان يرفعوا دعوى استحقاق على كل من البائع والمشترى يطالبون فيها باستحقاقهم لهذه الحصة الشائعة .

ومن الحجج التي اوردها هؤلاء :

1- ان هذا البيع لا يلحق اى ضرر بالمشترى ، عندما يكون عالما بحالة الشيوع وكذلك لا يلحق اى ضرر بالشركاء الاخرين ، لان المشترى لا يملك اكثر مما يملكه سلفه ، وسلفه البائع لم تكن له ملكية مفرزة بل ملكية شائعة ومن ثم ليس للمشترى ، ولا للشركاء الاخرين الحق في طلب ابطال البيع .

---

(1) انظر د . عبد العزيز سليمان - بحثه في بيع المال المشاع - المنشور في مجلة المحاماة س 9 العدد 10 - ص 1490 وما بعدها .
وانظر د . عبد الرزاق احمد السنهورى - المرجع السابق - ج 8- ف531- ص873- 874 . وانظر الاستاذ احمد نجيب الهلالي و د . حامد زكي - المرجع السابق- ص182 و 183 هامش رقم 3 .
وانظر د . شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ف168 ص458-459 والى هذا الراى ذهبت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في 1950/12/7 . مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض من 1931-1955 ج 1 - ص 374 .

./.

2- ان الشريك البائع لن يبيع الا ما يحتمل وقوعه في نصيبه بعد القسمة ومن المحتمل جدا ان تكون الحصة المفرزة اقل من الحصة الشائعة المباعة، ومن غير الممكن التكهن مسبقا بنتيجة القسمة .

واضيف الى هذه الحجج ،ان بيع الشريك جزءاً مفرزا من المال الشائع له طبيعة خاصة ، متميزة ، ومن غير الممكن تطبيق او اخضاعه، للقواعد الخاصة ببيع ملك الغير ، ذلك ان من اهم شروط بيع ملك الغير ،ان يكون البائع غير مالك قط للمبيع ،في حين في بيع المال المفرز، يعد مالكا للمبيع ،وان كان يشاركه فيه شركاء اخرون .

المطلب الثاني : تمييز بيع ملك الغير عن ضمان التعرض والاستحقاق .

يلتزم البائع في عقد البيع ، بضمان التعرض والاستحقاق فيمتنع عليه التعرض شخصيا للمشترى ،كما يلتزم بمنع تعرض الغير وهذا ما جاءت به المادة 371 مدني جزائرى ،اذ نصت :" يضمن البائع عدم التعرض للمشترى في الانتفاع بالمبيع كله او بعضه سواء كان التعرض من فعله او من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشترى . ويكون البائع مطالبا بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع وقد آل اليه هذا الحق من البائع نفسه".

والتعرض الشخصي يكون في حالة ما اذا تعرض البائع للمشترى بأن رفع عليه دعوى الاستحقاق ،او اى دعوى عينية اخرى ،كأن يكون البائع غير مالك يوم ابرام البيع ،ثم يصبح مالكا فيما بعد ،بأى سبب من اسباب كسب الملكية ،فللمشترى ان يدفع دعوى البائع على اساس التزامه بالضمان ،ومن التزم بالضمان ،لا يجوز منه التعرض، والجزاء الذى يترتب على هذا التعرض، هو وقف التعرض الحاصل مع تعويض المشترى عن الضرر

./.

الذى اصابه بسبب هذا التعرض، ومن ثم يحرم البائع من رفع دعوى ابطال البيع، واسترداد المبيع . اما تعرض الغير الذى يلزم به البائع، فهو تعرض الغير، القانوني ، وذلك كأن يرفع الغير دعوى على المشترى يطالب فيها باستحقاقه للمبيع، او كأن تكون حيازة المبيع عند اجنبي ، فيرفع المشترى عليه دعوى يطالب باستحقاقه المبيع، فيدفع الاجنبي دعوى المشترى بانه هو المالك للمبيع، فاذا ثبتت ملكية الغير للمبيع، كنا امام استحقاق كلي للمبيع، وفي هذه الحالة يكون المبيع في اغلب الحالات مملوكا للغير وقت البيع انما قد لا نكون امام بيع ملك الغير، ولو كان الاستحقاق كليا ، كما في هذا المثال ، قد يكون البائع مالكا للمبيع وقت البيع ثم يقوم هذا الاخير ببيعه الى مشتر ثان ، فيقوم المشترى الاول بالرجوع على البائع على اساس الضمان ، وعلى هذا يجب النظر الى احكام الضمان بصفة مستقلة عن احكام بيع ملك الغير (1) .

واذا كان المبيع قد استحق فعلا للغير واستحال بذلك تنفيذ الالتزام عينا ، فليس للمشترى سوى المطالبة بتنفيذ الالتزام عن طريق التعويض على التفصيل الذى اوردته المادة 375 مدني جزائرى ، ويشمل التعويض:

- قيمة المبيع وقت نزع اليد .
- قيمة الثمار التي التزم المشترى بردها الى المالك .
- المصاريف النافعة التي يمكنه الرجوع بها على المالك ، وكذلك المصاريف الكمالية اذا كان البائع سيء النية .
- جميع مصاريف دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق .
- تعويضه عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب .

---

(1) انظر . د . توفيق حسن فرج - عقد البيع والمقايضة - س 1969 - ف 195 ص345 و 346 .

./.

الا ان المشترى الا يعود على البائع بدعوى الضمان ، ولكن يرجع عليه بدعوى الفسخ على اساس اخلال البائع عن تنفيذ التزامه ، او بدعوى الابطال على اساس بيع ملك الغير ، اذا كان البائع غير مالك .

غير انني ارى وان كان بيع ملك الغير ، وضمان التعرض والاستحقاق تربطهما صلة وثيقة ، بحيث تمد بعض احكام بيع ملك الغير تكملة لضمان الاستحقاق ، غير انهما يفترقان من ناحيتين احداهما شكلية والثانية موضوعية .

- فمن الناحية الشكلية : ان المشرع تكلم عن قواعد ضمان الاستحقاق عند تعرضه لذكر التزامات البائع ، وخص بيع ملك الغير بقواعد خاصة في فصل مستقل - اطلق عليه عنوان " انواع البيوع " .

اما من الناحية الموضوعية : فبالاضافة الى ان ليس جميع حالات الاستحقاق تعتبر بيعا لملك الغير ، فانه طبقا لاحكام قواعد الاستحقاق لا يستطيع المشترى ، ان يرفع دعوى الضمان ، الا اذا تعرض له المالك الحقيقي فعلا باستحقاقه المبيع ، اى ان يثبت فعلا عدم ملكية البائع للمبيع ، اما قبل ذلك فلا يستطيع رفع دعوى الضمان ، لان من شروط رفع هذه الدعوى ان يحدث تعرض فعلي من المالك باستحقاقه المبيع . اما طبقا لاحكام بيع ملك الغير ، فللمشترى ان يرفع دعوى ابطال البيع ، ولو لم يتعرض له احد ما دام انه عرضة لهذا التعرض ، ولهذا اعتبر شراح القانون الفرنسي دعوى ابطال بيع ملك الغير ، هي دعوى استحقاق مسبقة - اى يرفعها المشترى قبل ان يتعرض له المالك الحقيقي فعلا (1) .

(I) V. Juris classeur civil 8. I976.N° 94.P.I3.

الباب الاول

جزاء بيع ملك الغير

تكلم المشرع الجزائرى في المادة 1/397 من القانون المدني عن الجزاء الذى يلحق ببيع ملك الغير، اذ نصت هذه المادة على مايلي: "اذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه، فللمشترى الحق في طلب ابطال البيع . . . الخ" وهذه المادة مأخوذة من المادة 466 مدني مصرى، وتقابلهما في القانون الفرنسي المادة 1599 مدني، غير ان هذه النصوص، جاءت قاصرة، في تنظيمها لهذا الجزاء، مما جعل الفقهاء يوردون اراءا مختلفة في هذا الخصوص، ولهذا ارتأيت تخصيص الفصل الاول من هذا الباب لعرض اهم النظريات التي قيلت في هذا الشأن .

ونظرا لان جزاء بيع ملك الغير يختلف في الشريعة الاسلامية عنه في القانون، ولما كانت دراسة هذا الجزاء في الشريعة الاسلامية تمكننا على ضوئها من تقدير وتقييم موقف المشرع الجزائرى من هذا الموضوع تقديرا صحيحا، لذلك رايت ان اتناول في الفصل الثاني من هذا الباب دراسة جزاء بيع ملك الغير في الشريعة الاسلامية .

./.

الفصل الاول

النظريات المختلفة في جزاء بيع ملك الغير

اختلف فقهاء القانون اختلافا شديدا، في نوع الجزاء الذى يلحق بيع ملك الغير، فذهب اتجاه الى القول ان بيع ملك الغير قابل للفسخ، وذهب اتجاه اخر الى القول انه باطل بطلانا مطلقا، وذهب الاتجاه الثالث الى القول بأنه باطل بطلانا نسبيا، اما الاتجاه الرابع، فذهب الى القول بأنه بطلان من نوع خاص. واخيرا هناك اتجاه خامس ذهب الى القول بأنه بيع موقوف على غرار العقد الموقوف في الشريعة الاسلامية .

وسوف اتناول هذه الاتجاهات في خمسة مباحث، اخصص المبحث الاول للاتجاه القائل بالفسخ واخصص المبحث الثاني للاتجاه القائل بالبطلان المطلق والمبحث الثالث اخصصه للاتجاه القائل بالبطلان النسبي، والرابع للاتجاه القائل بالبطلان من نوع خاص، اما المبحث الخامس والاخير فاخصصه للاتجاه القائل بأنه عقد موقوف على غرار الشريعة الاسلامية .

المبحث الاول

القائلون بالفسخ

لم يشأ بعض شراح القانون، الخروج عن تطبيق القواعد العامة بالنسبة لجزاء بيع ملك الغير، رغم وجود النص الخاص به، ولهم في ذلك تبريرات وحجج، غير ان هذه الحجج منتقدة، لذا اتعرض في المطلب الاول لعرض حججهم، والمطلب الثاني لنقدها .

./.

<u>المطلب الاول</u> : عرض الراى .

ذهب بعض الشراح (1) والمحاكم (2) الى ان جزاء بيع ملك الغير هو الفسخ ، ذلك انه طبقا للقواعد العامة في الفسخ ، المادة 157 مدني مصرى المقابلة للمادة 119 مدني جزائرى ، والمادة 1184 مدني فرنسي في العقود الملزمة للجانبين ، منها مثلا ، عقد البيع ، اذا قصر احد المتعاقدين في تنفيذ التزامه ، جاز للمتعاقد الاخر طلب فسخ العقد . والمادة 1184 مدني فرنسي تقرر شرط الفسخ الضمني في العقود التبادلية وباعتبار بيع ملك الغير هو عقد ملزم للجانبين ، لا يستطيع فيه البائع تنفيذ التزامه بنقل الملكية للمشترى ، لانه غير مالك ، فللمشترى الحق في فسخ العقد ، لعدم تنفيذ البائع لالتزامه .

وهذا الحق ، يقابله حق البائع في فسخ العقد ، عندما يتخلف المشترى عن تنفيذ التزامه بدفع الثمن ، واذا اعتبر المحل في بيع ملك الغير مستحيلا لعدم استطاعة البائع نقل الملكية الى المشترى ، بسبب انه غير مالك ، فان الاستحالة هنا تكون نسبية ، لانه في امكان المالك الحقيقي ، اقرار البيع ، فتنتقل الملكية الى المشترى ، واقرار المالك الحقيقي لا يستقيم الا مع نظرية الفسخ ، لان المشترى لا يستطيع بعد اقرار المالك المطالبة بفسخ العقد ، لان طلب فسخ العقد مؤسس على عدم التنفيذ ، والتنفيذ هنا حصل فعلا باقرار المالك الحقيقي .

---

(1) انظر . د . جميل الشرقاوى - نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المصرى س 1956 - ف 103 - ص 293 .
وانظر بوفنوار - الملكية والعقد - س 1924 - ص 516 . * [illegible] .

(2) انظر حكم لمحكمة استئناف مصر 20 / 3 / 1927 ، المجموعة الرسمية - س 1928 - العدد 3 - ف 39 - ص 86 و 87 .

* اشار اليه د . عبد الرزاق احمد السنهورى - المرجع السابق - ص 276 - هامش 1 .

./.

ويرى هؤلاء الفقهاء ان ما اوردته المادة 1599 (1) مدني فرنسي ما هو في الحقيقة سوى تطبيق لقواعد الفسخ ، ورتبوا على ذلك ما يلي :

1 - ان للمشتري الحق في طلب فسخ البيع ، ولا يجوز ذلك للبائع .

2 - اذا تملك البائع المبيع ، او اقر المالك الحقيقي البيع بعد رفع المشتري دعوى الفسخ وقبل صدور الحكم ، فليس للمحكمة ان تحكم للمشتري بفسخ العقد .

3 - للمشتري بالاضافة الى حقه في فسخ العقد ، المطالبة بالتعويض وبهذا الراي اخذ التقنين المدني الايطالي الجديد الصادر في سنة 1942 في المادة 1479 ، اذ جعل بيع ملك الغير قابلا للفسخ حتى لو كان المشتري يجهل ان البائع غير مالك (2) في حين يقصر بعض الفقهاء (3) تطبيق قواعد الفسخ على صورة واحدة من صور بيع ملك الغير ، وهي الصورة التي يكون المشتري يعلم بملكية المبيع للغير ، وحجتهم ان العقد في هذه الحالة ، لا يعتبر بيعا ، اذ ارادة المتعاقدين تكون قد اتجهت الى التزام البائع بأن يحصل على ملكية المبيع ، ثم ينقلها بعد ذلك للمشتري ، او يحصل على اقرار المالك بالبيع ، فاذا لم يقم البائع بتنفيذ هذا الالتزام ، جاز للمشتري طلب فسخ العقد .

---

(1) تنص هذه المادة على ان بيع ملك الغير باطل ، ويكون هناك محل للتعويضات اذا جهل المشتري ان العين مملوكة للغير .

(2) راجع د . عبد الرزاق احمد السنهوري - المرجع السابق - ج 4 ص276 هامش رقم (1) .

(3) راجع د . جلال العدوي وانور سلطان - المرجع السابق - ف 249 ص188 و183 .

المطلب الثاني : نقد الرأى .

أولا - لان احكام الابطال غير احكام الفسخ ، وابين ذلك فيما يلي :

أ) ان الحكم بفسخ العقد ، هو حكم منشىء ، اذ لا بد من صدور حكم به ، وخاضع للسلطة التقديرية للقاضي ، فقد يحكم القاضي بفسخ العقد ، وقد لا يحكم به ، وقد يعطي للعاقد المتأخر مهلة ، وذلك حسب مقدرة البائع على التنفيذ من عدمه ، وهذا ما تقضي به المادة 119 مدني جزائرى المقابلة للمادة 157 مدني مصرى .

اما العقد القابل للابطال ، فيحكم القاضي بابطاله ، فالحكم ايضا منشىء للبطلان ، غير ان القاضي ليس له - كما في الفسخ - سلطة تقديرية في ابطال العقد ، بل عليه ان يقضي به متى طلبه العاقد ذو المصلحة فيه .

ب) اذا رفع المشترى دعوى الابطال ، ثم اصبح البائع مالكا للمبيع بعد رفع الدعوى ، فان صيرورة البائع مالكا لا يمنع القاضي من الحكم بالبطلان ، في حين لو كان المشترى قد رفع دعوى الفسخ ، بسبب عدم تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية ، لانه غير مالك ، ثم اصبح مالكا قبل صدور الحكم ، تعين على القاضي رفض دعوى الفسخ لانتهاء سببها (1) .

ج) هناك ايضا فرق بين البطلان والفسخ ، فالبطلان يرجع الى عيب في ركن من اركان العقد ، اما الفسخ فاركان العقد سليمة ، مستوفية لجميع شرائطها ، ينشأ العقد صحيحا ، ثم لا ينفذ احد المتعاقدين التزامه فيفسخ العقد .

---

(1) راجع . د . علي علي سليمان - المرجع السابق - ف 18 - ص 31 .

./.

ثانيا - لان المشرع نص على الابطال لا على الفسخ .

لم ينص لا المشرع الفرنسي ولا المصرى ولا الجزائرى في احكام بيع ملك الغير على الفسخ ، وانما نص صراحة على البطلان ، والقول بغير ما اورده المشرع في النص(المواد 1599 مدني فرنسي ، 466 مدني مصرى ، 397 مدني جزائرى) ، وتطبيق القواعد العامة ، لا يفسر الا بكون هذا النص الخاص ، مجرد تكرار لما جاءت به القواعد العامة ، واذا اعتبرناه كذلك ، فهو نص زائد ، لا فائدة من وجوده ، ويقتضي حذفه . غير ان هذا القول ليس صحيحا ، ذلك ان المشرع لم يكن يقصد من وراء تنظيمه بيع ملك الغير ، تطبيق القواعد العامة ، وعلى وجه الخصوص ، تطبيق قواعد الفسخ ، اذ لو اراد ذلك فعلا ، لما اورد هذا النص الخاص ، واكتفى بالقواعد العامة .

اما قصر تطبيق قواعد الفسخ على صورة من صور بيع ملك الغير وهي حالة ما اذا كان المشترى يعلم بأن البائع غير مالك للمبيع ، على اساس ان العقد هنا لا يعتبر بيعا . فهذا القول هو تخصيص للنص المطلق بلا مخصص ، لان نص المادة 466 مدني مصرى ، جاء عاما لم يفرق بين ما اذا كان المشترى يعلم او يجهل ان البائع غير مالك للمبيع ، فلم يستبعد من نطاق بيع ملك الغير ، حالة ما اذا كان المشترى يعلم ان البائع غير مالك للمبيع ، وهذه المادة تقابل المادة 397 مدني جزائرى .

*

****

المبحث الثاني

القائلون بالبطلان المطلق

القائلون بالبطلان المطلق بعضهم يكتفي بالبطلان المطلق وحده ،

./.

والبعض الاخر لا يكتفي بهذا البطلان ،بل يضيف اليه نظرية تحول العقد . لذلك اتناول هذا المبحث في مطلبين ،اخصص الاول منهما لراى القائلين بالبطلان المطلق وحده ،واخصص الثاني لراى القائلين بالبطلان المطلق وتحول العقد .

المطلب الاول : راى القائلين بالبطلان المطلق وحده .

اعرض فيما يلي هذا الراى ،ثم الانتقادات الموجهة اليه .

اولا - عرض الراى واسسه .

وقف بعض شراح القانون المدني الفرنسي القدماء (1) عند صياغة المادة 1599 (2) التي نصت على ان : "بيع ملك الغير باطل ،ولكن يمكن ان يخول للمشترى تعويضات اذا كان حسن النية". فقالوا ان بيع ملك الغير طبقا لهذه المادة باطل بطلانا مطلقا ،او انه غير موجود ، وقد استخلصوا هذا من الاعمال التحضيرية للقانون المدني الفرنسي اذ ان المشرع اسس بطلان بيع ملك الغير على طبيعة الاشياء ،وعلى النظرة السليمة للامور ،فهذا البيع مخالف للنظام العام والاداب العامة وقد اختلف هؤلاء الفقهاء في اساس هذا البطلان ،فراى بعضهم ان اساس البطلان مبني على تخلف السبب والمقصود بالسبب هنا ، هو السبب القصدى المباشر للتعاقد ،فسبب التزام البائع بنقل الملكية ، هو ترقبه الحصول على الثمن من المشترى ،وسبب التزام المشترى بدفع

(I) V. Daniel de Folleville - essai sur la vente de la chose d'autrui . I872.N° I7.P.I3 et I4.
et .V. . Lilgois - de la vente de la chose d'autrui - Revue critique.I869.T.35.P.20 et S.

(2) La vente de la chose d'autrui est nulle: elle peut donner lieu à des dommages intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui"

./.

الثمن ، ليس فقط ، التزام البائع بتمكين المشترى من حيازة المبيع والتزامه بضمان التعرض والاستحقاق ، وضمان العيوب الخفية ، وانما ايضا وهو الاهم ، ان ينقل الملكية الى المشترى ، بمجرد العقد ، فاذا لم ينقل الملكية الى المشترى ، فيترتب على ذلك تخلف ركن السبب لان التزام المشترى ، بدفع الثمن في بيع ملك الغير ، لا يقابله التزام البائع بنقل الملكية فيكون البيع باطلا بطلانا مطلقا ، لنقص ركن السبب لعدم توافر شروطه ، ويكون السبب غير صحيح لاستحالة تنفيذه ، اذا كان المشترى يجهل ان البائع غير مالك ، ومخالفا للنظام العام ، اذا كان الطرفان يعلمان بأن الشيء المبيع مملوك لغير البائع ، لان تنفيذ هذا العقد يلحق اضرار بالمالك .

وذهب البعض الاخر من الفقهاء الى ان اساس بطلان بيع ملك الغير هو استحالة المحل استحالة مطلقة ، لان البائع وهو غير مالك يستحيل عليه نقل الملكية الى المشترى ، ونقل الملكية يعتبر محل لعقد البيع ، ولا يستطيع غير المالك نقل الملكية . ان الهدف من البيع هو نقل ملكية المبيع الى المشترى فورا بمجرد تبادل رضا الطرفين ، وتطابقهما ، طبقا لنصوص المواد 711 ، 1138 ، 1583 من التقنين المدني الفرنسي ، واذا تمكن المشترى من ملكية المبيع ، فان ذلك لا يكون الا برضا المالك ، وبعقد جديد بينهما ، وليس على اساس العقد السابق بين المشترى وبين البائع غير المالك ، لان العقد باطل وان الالتزام الوحيد الذى يرتبه ذلك العقد على البائع ، هو التزامه بالتعويض للمشترى (1) .

---

(1) راجع . د دانيال دوفولفيي - المرجع السابق - ف 15 و 16 - ص 54 وما بعدها .

بل ان هناك من الفقهاء من ذهب الى ابعد من هذا ، فاعتبروا بيع ملك الغير ، تصرفا مخالفا للنظام العام والاداب العامة ، فهو تصرف غير اخلاقي ، ويمس النظام الاجتماعي اذ ينتهك حرمة حماية الملكية فالبائع في بيع ملك الغير ينتحل شخصية المالك الحقيقي ، ويظلل بها المشترى ، الذى يقبل على الشراء وهو مطمئن ، فاذا تم تنفيذ هذا البيع ، فان المالك الحقيقي يتضرر من فقد ملكه ، ومن غير الممكن ابدا حرمان المالك من شيء يملكه الا بتصرف صادر منه ، يقابله قبول من الغير . واذا كانت المادة 1599 مدني فرنسي اعطت للمشترى حسن النية ، حق المطالبة بالتعويض ، فان الحكم بالتعويض لا يكون على اساس هذه المادة ، وانما على اساس المادة 1382 مدني فرنسي التي تنص على ان : "كل عمل ايا كان يرتكبه المرء ويحدث به ضررا للغير يلتزم محدثه اذا كان مخطئا بالتعويض" . فيعتبر البائع مخطئا ببيعه ما لا يملك ، واساس تعويض المشترى في بيع ملك الغير ليس هو نص المادة 1599 مدني فرنسي ، لان العقد باطل بطلانا مطلقا والعقد الباطل بطلانا مطلقا لا ينتج اى اثر ، وبالتالي لا يستطيع المشترى لملك الغير ان يطالب البائع بالتعويض على اساس هذه المادة ، وانما له فقط استرداد الثمن الذى دفعه ويكون له المطالبة بالتعويض على اساس خطأ البائع طبقا للمادة 1382 مدني (1) .

ثانيا : نقد الراى .

ان الراى القائل بالبطلان المطلق وحده ، رفض من معظم الفقه والقضاء وقد انتقد في كل الاسس التي اعتمد عليها . واتولى شرح ذلك فيما يلي :

---

(1) راجع . ليليجوا - المرجع السابق - ف 56 - ص 20 وما بعدها .

./.

- ان القول بأن بطلان بيع ملك الغير متعلق بالنظام العام على اساس ان هذا البيع يلحق ضررا بالمالك، في حالة ما اذا كان كل من البائع والمشترى يعلم بأن المبيع مملوك للغير، ولم يكن المالك الحقيقي يعلم بهذا البيع، ولم يقره.

هذا القول غير صحيح، ذلك ان بيع ملك الغير، لا يلحق اى ضرر بالمالك، لانه ليس طرفا في العقد، بل هو شخص اجنبي عنه، فلا يمتد اثر البيع اليه، ولا يحتج به عليه، ومن ثم فان البطلان الذى يلحق بيع ملك الغير، ليس اساسه النظام العام.

- اما القول بأن اساس بطلان بيع ملك الغير، هو انعدام سبب التزام المشترى. فهذا القول ايضا غير صحيح، ذلك ان سبب التزام المشترى موجود، وهو التزام البائع بنقل الملكية اليه، لان سبب التزام كل من المتعاقدين - وفقا للنظرية التقليدية في السبب - في عقود المبادلة، هو التزام المتعاقد الاخر، والتزام المشترى في بيع ملك الغير موجود، وان كان متعذر بسبب عدم ملكية البائع للمبيع، واذا تعذر على البائع تنفيذ التزامه فور العقد بسبب انه غير مالك للمبيع، فليس هناك ما يمنع من ان يقوم بتنفيذه في المستقبل، حينما يصير مالكا للمبيع، او حينما يقر المالك الحقيقي البيع، فتنتقل بذلك الملكية الى المشترى (1).

كما ان القول بأن السبب غير صحيح، اذا كان المشترى يجهل ان المبيع

---

(1) راجع. احمد نجيب الهلالي وحامد زكي - المرجع السابق - ف 165 - ص157 و 158.
وانظر حكم لمحكمة النقض المصرية. حكم 1944/6/8. مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض، 1931 - 1955. ج 1 - ف 134 - ص 367.

مملوك للغير ، تشويه لنظرية السبب ، فسبب التزام المشترى قائم وموجود وهو تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية (1) . وحتى لو جارينا هذا الراى فيما ذهب اليه ، وقلنا باستحالة تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية بسبب انه غير مالك ، فان الذى ينجر عن هذه الاستحالة ، هو فسخ العقد لعدم تنفيذ البائع لالتزامه ، وليس بطلانه بطلانا مطلقا (2) .

- اما القول باستحالة المحل استحالة مطلقة في بيع ملك الغير . هذا القول مردود ، بأن الاستحالة التي ينجر عنها البطلان المطلق للعقد ، هي الاستحالة التي يستحيل على كافة الناس التغلب عليها ، وهذا النوع من الاستحالة نصت عليه المادة 93 من التقنين المدني الجزائرى ، اذ جاء فيها : " اذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا بطلانا مطلقا " . اما الاستحالة في بيع ملك الغير فانها استحالة نسبية ، اذ في امكان احد الناس التغلب عليها وهو هنا المالك الحقيقي ، باقراره البيع (م 398 مدني جزائرى " (3) .

بالاضافة الى ما تقدم ، فان انتقال الملكية ليس محلا لعقد البيع ، وانما هو التزام من بين الالتزامات التي ينشئها عقد البيع (4) .

---

(1) راجع . د . حلمي بهجت بدوى - المرجع السابق - ص 590 .

(2) راجع . د . عبد الرزاق احمد السنهورى - المرجع السابق - ج 4 - ص 280 - هامش رقم 2 .

(3) قارن . د . سليمان مرقص ، حيث يعطي تفسيرا جديدا للاستحالة المطلقة التي يترتب عليها بطلان بيع ملك الغير ، فالمقصود بالاستحالة المطلقة عنده ، ليس الاستحالة التي تؤدى الى استحالة تنفيذ الالتزام على الكافة ، وانما المقصود بها ، الاستحالة الموضوعية المحيطة بالمدين ، وبائع ملك الغير يستحيل عليه نقل الملكية الى المشترى استحالة مطلقة ، لانه ليس بمالك ، ويترتب على هذه الاستحالة بطلان العقد بطلانا مطلقا - المرجع السابق - ف 305 - 346 .

(4) راجع . د . عبد المنعم البدراوى - المرجع السابق - ف 286 - ص 416 .

. / .

وفي الحالة التي لا تنتقل فيها الملكية بمجرد العقد، فان العقد ينشيء التزاما على البائع بنقلها، فاذا لم ينفذ هذا الاخير التزامه، فانه يكون في مركز متعاقد لم ينفذ التزاما ترتب على عاتقه بمقتضى عقد صحيح، وليس في مركز متعاقد غير ملتزم لكون العقد باطل (1).

والواقع ان نظرية البطلان المطلق لا تنطبق ابدا على بيع ملك الغير، فالبطلان الذى يلحق بيع ملك الغير ليس بطلانا مطلقا (2) ويستنتج هذا من ان احكام البطلان المطلق، تختلف عن تلك الاحكام التي قررها المشرع في شأن بيع ملك الغير، من حيث اساس تقريرها، ومن حيث النتائج المترتبة عليها .

- ففيما يتعلق بأساس تقرير هذه الاحكام: نجد ان اساس تقرير البطلان المطلق هو تخلف ركن من اركان العقد، كالمحل او الرضا، اوالسبب او لعدم توافر الشروط اللازمة لهذه الاركان، بأن كان المحل غير موجود، او غير مشروع، او عدم اكتمال التمييز، او عدم تطابق الايجاب للقبول، او كان الباعث على التعاقد غير صحيح . بينما نجد جميع هذه الاركان والشروط متوافرة في بيع ملك الغير، والابطال المقرر في هذا البيع، جاء حماية للمشترى بالدرجة الاولى .

- اما فيما يتعلق بالنتائج المترتبة على هذه الاحكام: فان العقد الباطل بطلانا مطلقا لا ينتج اى اثر قانوني، بينما ينتج بيع ملك الغير اثارا معينة، واتولى توضيح ذلك فيما يلي :

---

(1) راجع د . توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ف 75 - ص 117 . 118 .
(2) انظر حكم لمحكمة النقض المصرية . 1963/3/14 . مجموعة احكام محكمة النقض للمواد المدنية - س 14 - العدد 1 - يناير 1963 - ص 298 - 299 .

./.

طلب بطلان العقد الباطل بطلانا مطلقا ، يستطيع التمسك به كل شخص له مصلحة في طلب البطلان ، كما يمكن للمحكمة ان تحكم به من تلقاء نفسها ، ولو لم يطلبه منها احد (م102 مدني جزائري) بينما لا يستطيع التمسك بابطال بيع ملك الغير سوى المشترى وحده (م399 مدني جزائرى) .

العقد الباطل بطلانا مطلقا ، لا تصححه الاجازة (م102 مدني جزائرى) . بينما يجوز لمشترى بيع ملك الغير ، اجازة هذا البيع ، كما يمكن للمالك الحقيقي اقراره ، فيصبح بيعا صحيحا ، نافذا في حق المالك الحقيقي .

بالاضافة الى ذلك ، هناك نتائج يرتبها بيع ملك الغير ، ولا يرتبها العقد الباطل بطلانا مطلقا ، من ذلك ان بيع ملك الغير يصلح ان يكون سببا لكسب الملكية بالتقادم المكسب القصير ، وتملك الريع والثمرات م828 مدني جزائرى ، كما يكون البائع ضامنا للمشترى في حالة ما اذا رفع المالك الحقيقي دعوى الاستحقاق (م 371 مدني جزائرى) .

واخيرا فان القول بان جزاء بيع ملك الغير ، هو البطلان المطلق يتعارض مع نصوص التقنين المدني الجزائرى (م 397) المقابلة للمادة 466 مدني مصرى ، اذ ان هذه النصوص صريحة في كون بيع ملك الغير قابلا للابطال ، لا باطلا بطلانا مطلقا . كما يتعارض مع الاحكام التي اوردتها المادة 1/1599 مدني فرنسي التي نصت على حق المشترى الحسن النية في التعويض ، والحكم بالتعويض لا يستقيم مع نظرية البطلان المطلق ، بل مع البطلان النسبي ، كما سنرى في المبحث الثالث .

./.

<u>المطلب الثاني</u> : راى القائلين بالبطلان المطلق مضافا اليه نظرية تحول العقد .

نتيجة لما يترتب على القول بالبطلان المطلق من نتائج مغايرة تماما للاحكام التي نص عليه المشرع في شأن بيع ملك الغير ، فان بعض الفقهاء لم يكتفوا بالبطلان المطلق وحده ، كجزاء لبيع ملك الغير ، بل اضافوا اليه نظرية تحول العقد . وهم بذلك لم يخرجوا كسابقهم ، عن نطاق تطبيق القواعد العامة . واعرض فيما يلي هذا الراى ، ثم الانتقادات الموجهة اليه :

<u>أولا</u> - عرض الراى .

راى هؤلاء الفقهاء ان العقد في بيع ملك الغير ، يتحول من بيع ناقل للملكية ، الى بيع منشيء لمجرد التزامات ، اذا ثبت ان نية المتعاقدين المحتملة قد اتجهت الى ان البيع منشيء لمجرد التزامات فقط ، ولا ينقل الملكية ، لعلمهما ان العقد الناقل للملكية ، لا يمكن انعقاده ، بسبب ان المبيع غير مملوك للبائع . واتجاه نية البائع الى تحول عقد البيع من عقد ناقل للملكية بذاته الى عقد منشيء لالتزامات شخصية ، مفترض افتراضا غير قابل لاثبات العكس ، ولذلك لم يسمح له التمسك ببطلان العقد ، الذى قصد ابرامه ، ولو انه بطلان مطلق . اما اتجاه نية المشترى لهذا التحول فمفترض افتراضا قابلا لاثبات العكس ، ولذلك ينتج عقد بيع ملك الغير اثار العقد المنشيء لالتزامات شخصية اذا لم يتمسك المشترى بالبطلان ، اما اذا اجاز البيع ، فهذا دليل على انصراف نيته لذلك العقد منذ ابرامه ، ويحرم عليه التمسك بالبطلان ، ولو ان الملكية لا تنتقل اليه ، كما يفسر ذلك امكانية اقرار المالك الحقيقي وانتقال الملكية الى المشترى بمجرد ان يصبح البائع مالكا الخ . . اما اذا تمسك المشترى بالبطلان ، فهذا دليل على ان نيته المحتملة لم تكن تنصرف

./.

الى تحول العقد ، ومن ثم يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا ، وفي نظر هؤلاء الفقهاء ان تنظيم المشرع لبيع ملك الغير ، ما هو في الحقيقة سوى تطبيق تشريعي لنظرية تحول العقد (1) .

ثانيا - نقد الراى .

ان القول بتكملة العقد الباطل بطلانا مطلقا ، بنظرية تحول العقد الباطل ، اذ يتحول العقد من عقد ناقل للملكية ، الى عقد منشئ لمجرد التزامات شخصية ، فانه قول يتعارض مع شروط تطبيق نظرية التحول ، اذ من شروط تطبيق هذه النظرية ، ان تتجه نية المتعاقدين الى العقد الجديد اثناء ابرام العقد ، لا في تاريخ لاحق لابرام العقد ، وفي بيع ملك الغير لم تتجه نية المتعاقدين ، الا لعقد البيع دون سواه من العقود . بالاضافة الى ذلك ، فانه اذا ثبت اتجاه نية المتعاقدين الى العقد المنشئ لمجرد التزامات ، فان المشترى لا يستطيع طلب ابطال البيع ، اذا ثبت ان نية المتعاقدين لم تتجه لهذا العقد وانما اتجهت الى العقد الناقل للملكية ، فلا يكون هناك تحول ، ويكون البيع باطلا بطلانا مطلقا (2)

*
****

المبحث الثالث

القائلون بالبطلان النسبي

بما ان كل من المشرع الجزائرى ، والمصرى صرحا بان بيع ملك الغير

---

(1) راجع د . سليمان مرقص - المرجع السابق - ف 305 - ص546 وما بعدها .
وراجع ايضا مؤلفه عقد البيع ، ط الرابعة - س 1980 . ف 305 - ص529 ومابعدها .

(2) راجع د . عبد الرزاق احمد السنهورى - المرجع السابق البيع - ف156 - ص280 .

قابل للابطال ، وليس باطلا بطلانا مطلقا ، وكذلك فعل المشرع الفرنسي من قبلهما ، ولو انه لم يصرح مثلهما بقابلية بيع ملك الغير للابطال بل قال بأنه بيع باطل ، انما يفهم من محتوى المادة 1599 ، ان المشرع الفرنسي قصد البطلان النسبي ، وليس البطلان المطلق ، اذ خول لمشترى ملك الغير حسن النية الحق في المطالبة بالتعويض ، ولهذا ذهب بعض الفقهاء الفرنسيون ، الى اعتبار بيع ملك الغير باطلا بطلانا نسبيا ، مطبقين في ذلك القواعد العامة في البطلان النسبي وعلى الرغم من الحجج التي اوردها هذا الفريق من الفقهاء ، فان رايهم لم يسلم من النقد . واتولى فيما يلي عرض حججهم في المطلب الاول ، وفي المطلب الثاني اتعرض لنقدها .

<u>المطلب الاول</u> : عرض الراى .

قررت الغالبية من احكام المحاكم (1) المصرية والفرنسية ، بأن بيع ملك الغير باطل بطلانا نسبيا ، لان البطلان النسبي يتلاءم مع الاحكام التي قررها المشرع في النصوص الخاصة ببيع ملك الغير ، فان اعتبار بيع ملك الغير باطلا بطلانا نسبيا يفسح المجال لاعتبار البائع ضامنا للمشترى في حالة تعرض المالك الحقيقي له ، واعتبار البيع صحيحا اذا تملك المشترى العقار بمضي خمس سنوات اذا كان هذا الاخير حسن النية ، طبقا للمادة 969 مدني مصرى ، وعشر سنوات طبقا للمادة 2265 مدني فرنسي والمادة 828 مدني جزائرى ، وكذلك ابطال البيع ، واجازته

---

(1) انظر حكم لمحكمة النقض المصرية 14 مارس 1963 ، مجموعة احكام محكمة النقض للمواد المدنية . المكتب الفني - س 14 العدد 1 يناير 1963 - ص 298 و 299 .
وانظر حكم استئناف باريس . 8 جوان 1964 . دالوز F.D.A. س 64 ص 777 ، اذ جاء فيه : " ان بطلان بيع ملك الغير طبقا للمادة 1599 مدني فرنسي هو بطلان نسبي " .
وانظر نقض مدني فرنسي ، دالوز DH 26 يوليو 1926 . س 26 . ص 34 . قسم 4 .
وانظر نقض مدني فرنسي سيرى 23 جانفي 1832 . س 32 - ص 666 - قسم 1 .

. / .

فكل هذه الاحكام تتفق مع احكام قابلية العقد للابطال ،او البطلان النسبي . غير ان الفقهاء القائلين بالبطلان النسبي اختلفوا في تعليل هذا البطلان . واتولى فيما يلي توضيح ذلك .

أولا - ارجع بعض الفقهاء (1) قابلية بيع ملك الغير للابطال الى قواعد الغلط وهو غلط جوهري في شخص البائع ،اذ المشتري حينما ابرم العقد كان يعتقد بأن البائع مالك للمبيع ،فاذا المالك الحقيقي شخص اخر غيره ،او هو غلط المشتري في صفة جوهرية من صفات المبيع ، اذا كان يعتقد ان المبيع ملك للبائع ،فاذا هو ملك لغيره ،فيكون المشتري قد وقع في غلط لذلك يجوز له طلب ابطال البيع للغلط .

غير انه يثار التساءل عندما لا تتوافر شروط الغلط ،بأن كان كل من البائع والمشتري يعلم بأن الشيء المبيع ملك للغير ،وعلى الرغم من ذلك يقبلان على ابرام هذا العقد . للاجابة على هذا التساؤل يرى بعض الشراح (2) ان العقد في هذه الحالة لا يعتبر بيعا لملك الغير ، ،وانما هو عقد غير مسمى اذ ارادة المتعاقدين اتجهت الى

---

(1) راجع د . جميل الشرقاوي . نظرية بطلان التصرف القانوني - المرجع السابق ف 103 - ص 293 ،وانظر مؤلفه - عقد البيع - البيع والمقايضة - ف 41 - ص107 وانظر المادة 334 من المشروع الفرنسي الايطالي التي تنص:
" La vente de la chose d'autrui peut être annulée, à la demande de l'achetruer à mois qu'il ne sût que la chose n'appartenait pas au vendeur il peut en outre, s'il ya lieu reclamer des dommages intérêts".

مشار اليها في عقد البيع والمقايضة - للدكتور كمال مرسي - س 1958 - ص 440 - هامش رقم2 .
et V. Henri et Léon et Jean Mazeaud - Leçons de droit civil _ T 3.1963.N°816.P.667 et S.

(2) راجع د . محمد لبيب شنب ومجدي صبحي خليل - شرح احكام عقد البيع -

حصول البائع على ملكية المبيع من المالك ثم ينقلها الى المشترى فيما بعد . ويقتصر بيع ملك الغير على الحالة التي يكون فيها المشترى جاهلا اثناء ابرام العقد عدم ملكية البائع للمبيع اذ يكون متوهما ان المبيع ملك للبائع ،فاذا المبيع ملك للغير لذلك يجوز له طلب ابطال البيع للغلط ،غير ان هذا الغلط عند هوءلاء الفقهاء لا يخضع لكل احكام القواعد العامة في الغلط ،اذ يستطيع المشترى طلب ابطال البيع للغلط ،ولو كان هو وحده الواقع في الغلط دون ان يشاركه البائع في نفس الغلط .

ويتحقق بيع ملك الغير عند البعض الاخر من الفقهاء (1) في صورة واحدة ،وهذه الصورة وحدها هي التي تحتاج الى نص المادة 1599 مدني فرنسي ،المادة 466 مدني مصرى ،وهذه الصورة تتحقق عندما يكون كل من البائع والمشترى يعلم بملكية المال المبيع لشخص من الغير. اما عندما يكون كل من البائع والمشترى لا يعلم بملكية المال المبيع للغير ،او كان المشترى وحده الواقع في الغلط ،او كان البائع وحده الواقع في الغلط ،فهذه الصور لا تحتاج لنص المادة 1599 فرنسي والمادة 466 مصرى ،وانما تطبق في شأنها قواعد الغلط .

<u>ثانيا</u> - ويذهب البعض الاخر (2) الى ان اساس بطلان بيع ملك الغير ،هو عدم قدرة البائع على نقل الملكية للمشترى ،وهم يفرقون بين استحالة الوفاء العارضة بعد انعقاد العقد ،وبين الاستحالة الموجودة

---

(1) راجع .د . جميل الشرقاوى - عقد البيع - المرجع السابق - ف 41 - ص 107 . ورسالته ،نظرية البطلان - المرجع السابق - ف 103 - ص 293 .

(2) راجع بودرى وسينيا - البيع - ص 101 -109-110- اشار اليه احمد نجيب الهلالي وحامد زكي - البيع - المرجع السابق - ف 166 - ص 158 و 159 ،وبهذا الراى اخذ الدكتور زهدى يكن - عقد البيع - ط1 ،ف 76 - ص199 وما بعدها .

./.

اثناء ابرام العقد ،ففي الحالة الاولى يكون العقد منعقدا ،وقابلا للتنفيذ ،فاذا طرأ ما يجعل تنفيذه مستحيلا ،فللمشترى طلب الفسخ فقط،اما في الحالة الثانية ،فان العقد لم يكن في اى وقت من الاوقات قابلا للتنفيذ ،ولهذا يجب الحكم ببطلانه ،واساس البطلان هو خطأ البائع الذى تعهد بالتزام لا يمكنه تنفيذه . فاساس بطلان بيع ملك الغير عند هؤلاء ،هو عدم قدرة البائع على تمليك المبيع للمشترى وليس على اى اساس اخر .

ثالثا - بل ان هناك من الشراح (1) من ذهب بعيدا ،اذ حاول هؤلاء الشراح تكييف بيع ملك الغير تكييفا جديدا ،فاعتبروه صورة من صور التصرفات الواردة على محل مستقبل ،فبيع ملك الغير هو مال حاضر في ذمة صاحبه ،مستقبل بالنسبة لغيره ،وبما ان بيع المال المستقبل يقع صحيحا ،فيكون تبعا لذلك بيع ملك الغير صحيحا طبقا للقواعد العامة ،وعلى الرغم من هذا التكييف الجديد الذى خلعه هؤلاء الشراح على بيع ملك الغير ،الا انهم يقرون بقابليته للابطال ،واساس ذلك ان التزام البائع بنقل الملكية في هذا البيع ،وان كان غير مستحيل استحالة مطلقة الا انه بعيد الاحتمال ،بالنظر الى الظروف الموضوعية التي تم فيها ابرام العقد ،وان كانت الاستحالة هنا نسبية الا انها تؤدى الى نفس النتيجة التي تؤدى اليها الاستحالة المطلقة وهي تخلف شرط من شروط المحل غير ان هذه الاستحالة النسبية لا يترتب عنها سوى البطلان النسبي .

---

(1) راجع .د . سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق - ف 92 - ص 384 و385 هامش رقم 2 .

./.

المطلب الثاني : نقد الراى والاسس .

يرفض اغلبية الشراح (1) اخضاع بيع ملك الغير للبطلان النسبي ، طبقا للقواعد العامة ، فعرضوا اسباب رفضهم ، وانتقدوا جميع الاسس التي علل بها بعض الفقهاء تطبيق البطلان النسبي على بيع ملك الغير ، وابدأ بعرض اسباب الرفض ، ثم نقد الاسس فيما يلي :

- أولا - عرض اسباب الرفض :

اذا كانت قواعد البطلان النسبي (او قابلية العقد للابطال) اقرب من غيرها لاحكام بيع ملك الغير ، الا ان هذا التقارب لم يمنع من وجود اوجه الاختلاف بينهما ، اذ ان المشرع قد خرج في بعض احكام بيع ملك الغير عن حكم القواعد العامة في البطلان النسبي ، ولهذا لا يمكن تطبيق هذه القواعد على بيع ملك الغير وتجاهل القواعد التي خصصها المشرع لاحكام بيع ملك الغير .

وفيما يلي استعرض اوجه الاختلاف بين احكام بيع ملك الغير ، واحكام البطلان النسبي .

1 - ان قابلية العقد للابطال طبقا للقواعد العامة ، يلحق العقد الذى اجتمعت فيه جميع الاركان ، وتخلف احد شرطي الصحة وهما توافر الاهلية ، وسلامة الرضا من عيوب الارادة ، فاذا كان احد المتعاقدين ناقص الاهلية ، او شاب رضاه عيب من عيوب الارادة ، كالاكراه ، او الغلط ، او التدليس ، كان العقد قابلا للابطال

---

(1) راجع د . انور سلطان - المرجع السابق - ف 404 - ص 406 .
وراجع د . عبد الرزاق احمد السنهورى - عقد البيع - المرجع السابق - ف 155 ، ص 277 .
وراجع د . سليمان مرقص - عقد البيع - ط الثالثة - ف 304 - ص 545 .
وراجع د . حلمي بهجت بدوى - المرجع السابق - هـ 590 و 591 .

./ـ

لمصلحة ناقص الاهلية ،او من شاب رضاه عيب من عيوب الارادة . اما بيع ملك الغير ،فلا ينقصه اى سبب من الاسباب المذكورة آنفا اذ تتوافر فيه جميع اركان الانعقاد ،وجميع شروط الصحة ،فالمفروض فيمن يبيع مال غيره ،انه كامل الاهلية ولم يشب ارادته اى عيب من عيوب الارادة .

2 ـ ان المعهود في البطلان النسبي انه مقرر لحماية ناقص الاهلية او من شاب رضاه عيب من عيوب الارادة ،بينما الملاحظ في ابطال بيع ملك الغير ،انه مقرر اساسا لحماية المشترى بالدرجة الاولى ،وكذلك لحماية المالك الحقيقي لان المالك الحقيقي هو شخص اجنبي عن العقد ،بينما ناقص الاهلية ،او الذى شاب رضاه عيب هو احد طرفي العقد .

3 ـ اذا كان بيع ملك الغير يلتقي مع العقد القابل للابطال ،في ان كلا منهما يمكن اجازته ،غير انهما يفترقان من حيث ان الاجازة التي تصدر من المشترى في بيع ملك الغير ،وان كانت تصحح العقد فيما بين المتعاقدين ،الا انها لا تجعله نافذا في حق المالك الحقيقي ،ولا يمكن الاحتجاج به عليه ،وان الذى يجعل العقد نافذا فعلا في حق المالك الحقيقي ،انما هو اقراره البيع . بينما الاجازة التي تصدر من المتعاقد الذى تقرر له حق الابطال في العقد القابل للابطال فانها تصحح العقد ،وتجعله ساريا في حقه ،ويحتج به ايضا على الغير .

4 ـ كما تختلف احكام بيع ملك الغير عن احكام العقد القابل للابطال/ من حيث ان العقد القابل للابطال ينتج جميع اثاره كاملة ،ما دام ان المتعاقد الذى تقرر له حق الابطال لم يطالب به . في حين بيع ملك الغير لا ينتج اهم

اثـر من اثـار البيـع وهـو نقـل الملكيـة ،بسبب عـدم ملكية البـائـع للمبيـع،تطبيقـا لقاعـدة ان فـاقـد الشـيء لا يعطيه (1) .

ثانيا - نقد الاسس :

استعـرض فيما يـأتي الانتقادات الموجهـة لـلاسس والحجج التي اوردهـا اصحـاب الـرأى القـائـل بالبطلان النسبي .

1 - ان ارجاع سبـب ابطـال بيـع ملـك الغيـر الى غلـط المشتـرى ،تطبيقـا للقـواعـد العامـة فـي الغلـط ،يتعارض تعارضـا صريحـا مـع المـادة 1599 مدنـي فرنسـي ،التـي نـصت علـى البطـلان لا عـلى الابطـال وقـد سبـق ان اوضحنـا ان المشـرع الفرنسـي حسب راى شـراح القانون المدنـي الفرنسـي ،لـم يكـن يقصـد بالمادة 1599 مدنـي البطـلان المطلـق ،وانمـا قصـد البطـلان النسبـي ،اذ رتب عـلى بيـع ملـك الغيـر اثـارا معينـة والبطـلان المطلـق ،كمـا هـو معلـوم ،لا يرتـب اى اثـر ،كما يتعـارض هـذا الـراى مـع عمـوم نـص المـادة 1599 مدنـي فرنسـي ومـع نـص المـادة 399 مدنـي جـزائرى ،والمادة 466 مدنـي مصـرى ،التـي قـررت للمشتـرى حسـن النيـة ،الحـق فـي طلـب التعـويـض مع طلب ابطـال البيـع ،مما يفهم بمفهـوم المخالفـة ،ان للمشتـرى الـحـق فـي طلـب الابطـال دون طلب التعويض ،اذا كان سـيء النيـة (2). فـلا النص الفرنسـي ولا النـص المصـرى ولا الجـزائرى فـرق بيـن حـالـة علـم المشتـرى بملكيـة الغير للمبيـع ،وحـالـة جهلـه

---

(1) راجع .د . سليمان مرقص - المرجع السابق - ف 304 - ص 546 .
(2) راجع .د . على علي سليمان - المرجع السابق - ف 18 - ص 28 .

./.

ذلك، فالبطلان المنصوص عليه في هذه المواد عام يشمل الحالتين معا دون تمييز، والقول بغير ما اوردته هذه النصوص هو تخصيص للنص المطلق بلا مخصص، وهذا لا يجوز .

هذا بالاضافة الى ان الغلط الذى يعيب الرضا، يجب ان يكون في صفة جوهرية في ذات الشيء، كأن يشترى شخص شيئا كان يعتقد، وقت التعاقد انه من طبيعة معينة، فاذا هو من طبيعة اخرى مخالفة . او غلط في شخصية المتعاقد، وذلك اذا كانت شخصيته محل اعتبار في العقد، كأن يكون المتعاقد رساما، او جراحا او موسيقيا، وليس هناك شيء من هذا في بيع ملك الغير، اذ الغلط في شخص البائع، ليس له اهمية في عقود المبادلة، وكون المبيع ملكا للبائع او لاى شخص اخر غيره، ليس بصفة جوهرية في ذات الشيء (1)، اذن لا يجوز القول بأن اساس ابطال بيع ملك الغير هو الغلط، وذلك لوجود نص صريح نظم بيع ملك الغير، خلافا للقواعد العامة (2) .

2 - اما تطبيق احكام الغلط على صورة من صور بيع ملك الغير، على اساس ان بيع ملك الغير لا يتحقق الا اذا كان المشترى يجهل عدم ملكية البائع للمبيع اما اذا كان كل من البائع والمشترى يعلم بملكية المبيع للغير فالعقد صحيح . او اعتبار بيع ملك الغير يتحقق في الصورة الاخيرة، وهذه الصورة هي المقصودة بالمادة 466 مدني

---

(1) راجع .د . على علي سليمان - المرجع السابق - ف 18 - ص 28 و 29 .
(2) راجع .بلانيول، وريبير، وهامل - المرجع السابق - ف 48 - ص 50 .

./.

مصرى ، اما الصورة الاولى فتطبق في شأنها القواعد العامة في الغلط . فالرد على هذا الراى هو ان النص الوارد في شأن بيع ملك الغير جاء عاما ، لم يفرق بين حالة علم المشترى بملكية المبيع للغير ، او حالة جهله ذلك ، ومن ثم فان بيع ملك الغير يشمل الحالتين ، الحالة التي يكون المشترى يعلم بملكية المبيع للغير ، والحالة التي يجهل فيها ذلك .

واذا اعتبر حالة علم المشترى بملكية المبيع للغير عقدا صحيحا على اساس احتمال اكتساب البائع الملكية ، فما هو الحل عندما لا يكتسب البائع الملكية ، هل يبقى العقد صحيحا رغم ذلك (1) .

3 - اما القول بعدم قدرة البائع على تنفيذ التزامه بنقل الملكية بسبب الاستحالة القائمة وقت التعاقد ، فان هذا النوع من الاستحالة على فرض وجودها في هذا البيع ، فانها تؤدى الى بطلان العقد بطلانا مطلقا ، لانعدام محل الالتزام ، لان من شروط المحل ان يكون المحل ممكنا ، وليس الى بطلان العقد بطلانا نسبيا (2) .

4 - اما تكييف بيع ملك الغير ، بأنه بيع لمال مستقبل ، فقد اوضحنا في الفصل التمهيدى من هذا البحث ، ان بيع المال المستقبل يخرج عن نطاق بيع ملك الغير ، لان بيع ملك الغير هو بيع حاضر ، اى موجود يوم ابرام العقد ، ومعين بالذات ، وغير مملوك للبائع ، وعلى ذلك يكون قابلا للابطال ، اما اذا كان البيع مجرد بيع لمال مستقبل ،

---

(1) راجع د . توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ف 76 - ص 120 و 121 .
(2) راجع د . حلمي بهجت بدوى - المرجع السابق - ص 590 و 591 .

./.

فالبيع صحيح ، ولو لم يكن هذا المال ملكا للبائع يوم ابرام العقد .

*
***

المبحث الرابع

القائلون بالبطلان من نوع خاص

الفقهاء الذين قالوا بأن البطلان بيع ملك الغير ، هو بطلان من نوع خاص اختلفوا فيما بينهم حول علة هذا البطلان ، مما يتطلب اولا عرض هذا الراى القائل بالبطلان من نوع خاص، وثانيا لعلة تقرير هذا البطلان .

وهذا ما اتناوله في المطلبين التاليين :

المطلب الاول : عرض الراى .

ان جميع الاراء التي ردت احكام بيع ملك الغير ، الى نظام قانوني واحد متكامل معروف، او ارادت تلمس اساس ابطاله في القواعد العامة ، لم تصل الى اى نتيجة مقنعة ، او الى اى حل مرض، كما لم تسلم من النقد في جميع ما اوردته من الحجج والاسانيد ، لتبرير موقفها . لهذا رجع فريق من الفقهاء (1) الى البحث عن طبيعة جزاء بيع ملك الغير واساسه في النصوص الخاصة به . فقالوا بأن البطلان الذى نصت عليه المادة 466 مدني مصرى (م 397 مدني جزائرى) هو بطلان من نوع خاص، وليس بطلانا مطلقا ، لان بطلان العقد بطلانا مطلقا يكون لتخلف احد اركانه

---

(1) راجع الاستاذ احمد نجيب الهلالي وحامد زكي - المرجع السابق - ف 168 - ص 160
وراجع د . حلمي بهجت بدوى - المرجع السابق - ص 600 .
وراجع د . مصطفى احمد الزرقاء - المرجع السابق - ف 270 - ص261 و 262 .
وراجع بلانيول وريبير وهامل - المرجع السابق - ف 48 - ص 50 .
وراجع د . عبد الرزاق احمد السنهورى - عقد البيع - المرجع السابق - ف158 - ص 283 و 284 .

./.

وليس العقد قابلا للابطال ،لان قابلية العقد للابطال يكون في امرين اثنين فقط هما : نقص اهلية المتعاقد ،او لعيب شاب ارادته . ذلك ان بيع ملك الغير ،عقد توافرت فيه جميع اركانه ،وجميع شروط صحته فيما عدا شرط واحد ،هو عدم ملكية المبيع للبائع ،وليس في القواعد العامة ما يجعل العقد قابلا للابطال ،بسبب عدم ملكية المبيع للبائع، هذا من جهة ومن جهة اخرى لا يمكن اعتبار بيع ملك الغير قابلا للفسخ طبقا للقواعد العامة ،لوجود نص صريح خاص ببيع ملك الغير ،يجعله قابلا للابطال ،وبين الابطال والفسخ فروق شاسعة سبق التعرض لها في المبحث الاول من هذا الفصل ،وكان يمكن اخضاعه لقواعد الفسخ لولا وجود نص يقرر قابليته للابطال ،واساس الفسخ هو عدم استطاعة البائع تنفيذ التزامه بنقل الملكية ،بسبب انه غير مالك ،وهذا ما هو مقرر فعلا في التقنين المدني الالماني ، حيث لا يوجد نص يبطل بيع ملك الغير ،فاذا لم ينفذ البائع التزامه ،طبقا لهذا القانون جاز للمشترى فسخ العقد (1) . ولكن هناك نص المادة 397 مدني جزائرى (المادة 466 مدني مصرى) صريح وواضح ،فالواجب تطبيقه ،وهذا النص يقضي بقابلية بيع ملك الغير للابطال ،ولكن ليس معنى ذلك البحث عن اساس الابطال في القواعد العامة ،بل البحث في النص الخاص،الذى انشأه المشرع في هذا الخصوص خاصة وان هناك فروقا كبيرة بين احكام العقد القابل للابطال طبقا للقواعد العامة واحكام بيع ملك الغير - سبقت دراستها في المبحث الثالث من هذا الفصل -. ان اختلاف بطلان بيع ملك الغير ،في اساسه ،وفي اثاره ،عما هو مقرر في النظريات التشريعية ،يجعله يتميز عنها وينطبع بطابع خاص، ولا مناص من القول،

---

(1) راجع .د . عبد الرزاق احمد السنهورى - المرجع السابق - ف 158 - ص 283 — هامش رقم 2 .

./.

بأن بيع ملك الغير، هو بطلان تشريعي خاص.

فهو بطلان تشريعي، لان المشرع هو الذى انشأه لمصلحة قدرها وهي مصلحة المشترى، فجعل له الحق في طلب ابطال البيع، واجازته. ومصلحة المالك الحقيقي، بعدم نفاذ هذا البيع في حقه، الا بعد اقراره له فهذا البيع ذا طبيعة خاصة، فهو من جهة عقد قابل للابطال لمصلحة المشترى، ومن جهة اخرى عقد غير نافذ في حق المالك الحقيقي الا باقراره .

اما انه بطلان خاص، او استثنائي، فلان اساسه لا يستمد من القواعد العامة، وانما يستمد من ذات النصوص المتعلقة ببيع ملك الغير اذ لا يوجد في القواعد العامة ما يجعل البيع باطلا، لمجرد ان البائع غير مالك للمبيع وقت البيع .

ولقد انتقد بعض الفقهاء (1) هذا الراى بقولهم، ان اعتبار هذا البطلان من نوع خاص لا يفسر شيئا، وما هو سوى تسليم بالعجز عن رد احكام ملك الغير الى القواعد العامة. غير انني ارى، ان ذلك ليس عجزا من الفقهاء في ارجاع احكام بيع ملك الغير الى القواعد العامة، وانما هو تقرير حقيقي لمضمون النص، اذ انهم قاموا بتفسير ارادة المشرع تفسيرا يتلاءم ومنطوق النص، لان المشرع لو اراد فعلا رد احكام بيع ملك الغير للقواعد العامة لوجد السبيل امامه سهلا ميسورا، باحالة هذه الاحكام للقواعد العامة، ولما سلك الطريق الوعر، وهو تخصيص احكام خاصة ببيع ملك الغير، هذه الاحكام في حقيقتها مغايرة للقواعد العامة .

---

(1) راجع د. سليمان مرقص ـ المرجع السابق ـ ف 304 ـ ص 546 .

./.

المطلب الثاني : علة تقرير هذا البطلان .

اختلف الشراح الذين قالوا بالبطلان من نوع خاص، في علة تقرير هذا البطلان . فذهب بعض شراح القانون المدني المصرى (1) الى ان علة انشاء المشرع لقاعدة الابطال في بيع ملك الغير ، يرجع الى ان البيع اصبح عقدا ناقلا للملكية ، فاذا كان البائع غير مالك ، فانه يستحيل عليه نقل الملكية للمشترى ، فور ابرام العقد ، بسبب عدم ملكيته للمبيع ، لان فاقد الشيء لا يعطيه ، ولهذا تدخل المشرع ، فانشأ هذا البطلان ، وهو بطلان خاص بهذه الحالة فقط ، اما في الحالة التي لا تنتقل فيها الملكية بمجرد العقد ، كما هو الحال بالنسبة لبيع العقار ، اذ الملكية فيه تنتقل بالتسجيل ، فلا تطبق عليه هذه القاعدة لزوال العلة . ولذلك فهم يفرقون بين حق المشترى قبل التسجيل وحقه بعد التسجيل ، فحرموا عليه المطالبة بابطال العقد قبل التسجيل ، لان البطلان لا يلحق سوى البيوع الناقلة للملكية في الحال ، وعقد بيع العقار قبل تسجيله لا ينشيء سوى التزامات شخصية من بينها التزام البائع بنقل الملكية ، ولهذا يقتصر حقه في رفع دعوى فسخ العقد لعدم تنفيذ البائع لالتزامه ، فالعقد صحيح قابل للفسخ عند عدم التنفيذ ، والمشترى لن يقوم بتسجيل العقد اذا كان يعلم ان البائع غير مالك للمبيع ، لان التسجيل لا يمكن ان ينقل اليه الملكية في هذه الحالة . اما اذا تم تسجيل العقد ، فانه يصبح عقدا ناقلا للملكية ، وتتحقق الحكمة التي قصدها المشرع من تقرير المادة 264 مدني مصرى قديم .

---

(1) راجع . احمد نجيب الهلالي باشا - عقد البيع - ط 3 - سنة 1940 ، نبذة 211 ص 164 . وانظر ط 1 نبذة 347 - ص 204 ، اشار اليه د . محمد كامل مرسي شهر التصرفات العقارية - س 1949 - ف 182 . 267 - 268 .

. / .

ولقد رد على هذا الراى في حينه ،بأنه لا يمكن ان يكون بيع عقار الغير صحيحا قبل التسجيل ،باطلا بعده ،ولا محل للتفرقة بين حقوق المشترى قبل التسجيل ،وحقوقه بعده ،لان ربط انتقال الملكية بالاتفاق قد زال بصدور قانون التسجيل لسنة 1923 ،ومن ثم زوال علة الابطال(1) .

اما البعض الاخر من شراح (2) القانون المدني المصرى ،فانهم جعلوا اساس تقرير المشرع لابطال بيع ملك الغير ،هو التزام البائع بنقل الملكية ،وعدم تنفيذ البائع لالتزامه ،وفقا للقواعد العامة ،لا يؤدى الى ابطال البيع ،ولهذا انشأ المشرع هذا الابطال ،لان بيع ملك الغير منافي لطبيعة البيع باعتباره عقدا منشئا لالتزام بنقل الملكية ، ولهذا جعل هؤلاء الفقهاء للمشترى الحق في طلب ابطال البيع ، سواء قبل تسجيل البيع او بعده ،ذلك لان بيع العقار لا يزال من طبيعته نقل الملكية ،سواء سجل العقد اولم يسجل ،اذ لم يغير قانون التسجيل الصادر سنة 1923 ولا قانون الشهر لسنة 1946 من طبيعة عقد بيع العقار ،فقبل ان يسجل العقد ،ينشىء التزامات بنقل الملكية ،ومن ثم فعلة البطلان في بيع العقار غير المسجل موجودة وهي التناقض بين التزام البائع بنقل الملكية ،وعدم ملكية البائع للمبيع ، ونص المادة 466 / 1 من القانون المدني المصرى الجديد صريحة اذ جعلت للمشترى الحق في طلب ابطال البيع سواء سجل العقد اولم يسجل .

---

(1) راجع .د . حلمي بهجت بدوى - المرجع السابق - ص 604 .

(2) راجع .د . عبد الرزاق احمد السنهورى - المرجع السابق - ف 158 - ص 286 .

./.

ولقد عيب على هذا الراى ايضا ،بأنه اذا كان القانون يكتفي بأن يرتب على البائع الالتزام بنقل الملكية ،فان مجرد ترتيب هذا الالتزام على البائع لا يجعل بيع ملك الغير متناقضا مع هذا الالتزام ،ولهذا انشأ المشرع قاعدة ابطال بيع ملك الغير ،لان البيع يكون صحيحا عندما يكون البيع منشئا لمجرد التزام على البائع بنقل الملكية ، لان البائع وان كان غير مالك يوم ابرام العقد ،فانه سيعمل على اكتساب الملكية ونقلها الى المشترى (1) .

ويرجع شراح اخرون (2) ،علة ابطال بيع ملك الغير ،الى ان انتقال الملكية يتم قانونا بمجرد ابرام العقد ،وقد انشأ القانون هذه القاعدة نتج عنها ان بيع ملك الغير يعطل من احكام القانون ،غير ان هذا التعطيل لا يستتبع تطبيق القواعد العامة ،ولهذا تدخل المشرع وانشأ قاعدة اخرى ،خلاف القاعدة السابقة ،وهي بطلان بيع ملك الغير ذلك انه في حالة عدم وجود هذه القاعدة الاخيرة ،فالجزاء يكون فسخ العقد لعدم التنفيذ ،والدليل على ذلك ان بيع الشيء المعين بالنوع بيع صحيح ،ولو لم يكن البائع مالكا ،ذلك ان الملكية لا تنتقل في هذا العقد بمجرد الاتفاق ،وانما تنتقل بالتعيين ،ولذلك لم يكن هناك محل للبطلان لفوات علته ،وانما يكون العقد محلا للفسخ عند عدم التنفيذ ،ومع ان هذا البيع ينشيء التزاما بنقل الملكية ، الا ان المشرع استبعد البطلان في هذه الحالة . وبما ان المشرع المصرى في قانون التسجيل الصادر في 26 يونيو 1923 اخضع انتقال

---

(1) راجع .د . حلمي بهجت بدوى ـ المرجع السابق ـ ص 560 .
(2) راجع .د . حلمي بهجت بدوى ـ المرجع السابق ـ ص 600 وما بعدها .

./.

الملكيــــة فــي العقــار الــى وضــع خــاص وهــو التسجيــل ،وان كان العقــد قبــل تسجيلــه منشئــا لالتــزام بنقــل الملكيــة ،وهنــا يفتــرق القــانــون المصــرى عـــن القــانــون الــرومانــي ،اذ فــي هــذا الاخيــر ،لـم يكــن مـن التـزامـات البــائــع نقــل الملكيــة ،ومــن ثــم فــان علــة ابطــال بيــع ملــك الغيــر قــد زالـت بـصــدور قــانــون التسجيــل ،وعــلى ذلــك فــان المشــرع الالمانــي ،الــذى نحــى نحـــوه المشــرع المصــرى بالنسبـــة لانتقــال الملكيــة فــي العقــار بالتسجيــل ،وان كـــان العقــد ذاتــه ينشــيء التــزامــا عــلى البــائــع بنقــل الملكيـــة ،فــانــه لــم يـــرد نــص يقــابـــل نــص القــانــون المدنــي المصــرى المتعلــق بابطــال بيــع ملك الغيــر، وعــدم ايــراده لمثــل هــذا النــص كــان مقصــودا ،لان انشــاء البطـــلان لا يستقــيم مــع احكــام عقــد البيــع فــي القــانــون الالمــانــي فــي هــذا الشـأن ولهــذا كـــان جــزاء بيــع ملــك الغيــر فــي القــانــون الالمــانـــي ،هــو الفسـخ ،وكــان ينبغـــي ان يكــون جــزاء بيــع عقــار الغيــر فــي مصــر بعــد صــدور قــانــون التسجيــل الفسـخ ايضــا ،فيكــون بيــع عقــار الغيــر صحيحــا دومــا قبــل التسجيــل او بعـــده ، قــابــلا للفســخ فــي حــالــة عــدم تنفيــذ البــائــع لالتزامــه بنقــل الملكيــة .

ولقــد انتقــد هــذا الــراى من عــدة جــوانــب منهــا :

1 - ان قــانــون التسجيــل الصــادر سنة 1923 ،لـم يكــن يقصــد بــه التــأثيــر فــي طبيعــة عقــد البيــع ،واعتبــاره ان لـم يسجــل ،عقــدا منشئــا لمجـــرد التــزامــات شخصيـــة ،بــل ان عقــد البيــع مــا زال محتفــظا بطبيعتــه ،وكـــل مــا استحــدثــه المشــرع هــو تــأخيــر وقــت انتقــال الملكيــة الى تاريخ التسجيل.[1]

2 - ان عــدم انتقــال الملكيــة بمجــرد التعــاقــد ،لا يــرجــع الــى الــرادة

---

(1) راجع .د . حامد زكي - المرجع السابق - ف 174 - ص 164 و 165 .

المتعاقدين اذ ارادتهما اتجهت الى نقل الملكية في الحال ، وانما يرجع ذلك الى ارادة المشرع ، فتبقى علة البطلان ، وهي اتجاه ارادة المتعاقدين الى نقل الملكية في الحال متوافرة في بيع عقار الغير قبل التسجيل ، فيكون هذا البيع قابلا للابطال (1) .

3 ـ لا محل للقياس على التشريع الالماني ، لان هذا القانون لم ينص على ابطال بيع ملك الغير من جهة ، ومن جهة اخرى ، التسجيل كافي وحده لنقل الملكية ولو كان البائع غير مالك ، ويحصل المالك على تعويض يدفع له من مبالغ مرصودة لهذا الغرض ، تستقطع من رسوم التسجيلات (2) .

واذا كان الراى القائل بأن علة ابطال بيع ملك الغير ، هي التزام البائع بنقل الملكية ، يتفق مع نص المادة 418 مدني مصرى (المقابلة للمادة 351 مدني جزائرى) التي تعرف البيع بأنه عقد ينشئ التزاما بنقل الملكية ، كما يتفق مع نص المادة 466 مدني مصرى (المقابلة للمادة 397 مدني جزائرى) التي تعطي للمنقول والعقار حكما واحدا ، اذ نصت على ابطال بيع ملك الغير منقولا كان او عقارا سجل بيع العقار او لم يسجل غير ان هذا الراى ، لا يمكن الاخذ به ، لسبب وحيد هو ان المشرع لم يجعل بيع ملك الغير باطلا في جميع الحالات ، بل قصره على حالة بيع الشيء المعين بالذات ، اما اذا كان الشيء معينا بالنوع ، فان البيع

---

(1) راجع د . عبد الرزاق احمد السنهورى ـ المرجع السابق ـ ف 158 ـ ص 287 .
وراجع د . سليمان مرقص ـ عقد البيع ـ س 1980 ـ ط 4 ـ ف 306 ـ ص 533 .
(2) راجع د . حامد زكي ـ المرجع السابق ـ ف 174 ـ ص 164 و 165 .

./.

صحيحا ، ولو انه منشئ لالتزام بنقل الملكية .

اما الرأى القائل بأن العلة في ابطال بيع ملك الغير ، هي ان البيع اصبح عقدا ناقلا للملكية . فيعترض عليه ، ان القانون المدني المصرى ومن بعده القانون المدني الجزائرى ، لم يجعلا العقد ذاته ناقلا للملكية - مثل ما فعل المشرع الفرنسي من قبلهما - بل جعلاه منشئا لمجرد التزام بنقل الملكية ، وان كان في بيع المنقول المعين بالذات تنتقل الملكية بمجرد العقد .

ولهذا فاننا نفضل الرأى الذى يرجع علة ابطال بيع ملك الغير الى اتجاه ارادة المتعاقدين الى انتقال الملكية فور التعاقد ، سواء كان هذا الانتقال قد تم فعلا وقت التعاقد ، اذا كان الشيء منقولا معينا بالذات ، او تأخر الى وقت حصول التسجيل ، اذا كان المبيع عقارا وعلى الرغم من ان الملكية لم تنتقل فور التعاقد ، الا ان نية المتعاقدين اتجهت الى ذلك عكس بيع الشيء المعين بالنوع ، فان نيتهما اتجهت الى ان نقل الملكية لا يتم فور التعاقد ، وانما الى ما بعد الفرز(1) . ذلك ان هذا الرأى يتفق مع المقصود من بيع ملك الغير ، وهو انه بيع شيء موجود ومعين بالذات واتجاه ارادة المتعاقدين الى نقل الملكية فور العقد ، وجعل الابطال يشمل المنقول والعقار تطبيقا للمادة 466 مدني مصرى (المقابلة للمادة 397 مدني جزائرى) .

وما يلاحظ على هذه الاراء جميعا ، انها قيلت قبل صدور قانون السجل العيني المصرى الصادر سنة 1964 ، اى قيلت في ظل قانون التسجيل

---

(1) راجع د . حامد زكي - المرجع السابق - ف 174 - ص 164 - 165 .

لسنة 1923 ، وقانون تنظيم الشهر العقارى لسنة 1947 ، ورغم صدور قانون السجل العيني في مصر في سنة 1964 ، غير ان مصر لا زالت تطبق نظام الشهر الشخصي في بعض المناطق كمرحلة انتقالية ، لحين تطبيق السجل العيني في جميع المناطق ، نظرا لما يتطلبه هذا النظام من ضرورة مسح عام لجميع الاراضي المصرية ، وهو اجراء لا يمكن القيام به بسهولة لانه يستلزم خاصة الا تكون قطع الاراضي مجزئة ومفتتة .

اما في الجزائر فانها اخذت بنظام الشهر العيني ، تطبيقا للامر رقم 75 - 74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 ، والسارى المفعول ابتداء من 5 يوليو سنة 1975 . مع اعداد مسح عام للاراضي ، يكون اساسا ماديا للسجل العقارى ، فيطبق نظام الشهر العيني في جميع البلديات التي تم مسح اراضيها ، اما التي لم يتم فيها المسح ، فيطبق فيها نظام الشهر الشخصي كمرحلة انتقالية ، اى الى ان يتم مسح جميع اراضيها ، وذلك تطبيقا للمادة 27 من نفس الامر ، والمادة 113 من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس سنة 1976 . ولقد احال القانون المدني الجزائرى في المادة 793 منه على هذا القانون ، بالنسبة لنقل الملكية في العقار ، بعد ان بينت هذه المادة ان الملكية لا تنتقل لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير الا بعد مراعاة اجراءات الشهر العقارى ، ثم نص في المادة 397 منه على قابلية بيع ملك الغير للابطال في المنقول والعقار اشهر او لم يشهر (1) . ونص المادة 397 مدني جزائرى يتعارض مع الامر السابق الذى

---

(1) ونص العربي للمادة 397 كالتالي : " اذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهولا يملكه فللمشترى الحق في طلب ابطال البيع ويكون الامر كذلك ولو وقع البيع على عقار اعلن او لم يعلن ببيعه " وكلمة اعلن او لم يعلن ترجمة غير صحيحة للنص الفرنسي والافضل استبدالها بعبارة اشهر او لم يشهر لانها ادق ، وعبارة اعلن او لم يعلن كلمة عامة تفيد اعلام الغير باية وسيلة .

./.

يسري مفعوله باثر رجعي ابتداء من 5 يوليو سنة 1975 . والواجب الاخذ بما اورده هذا القانون ،لانه محال عليه ،فيتعطل تطبيق هذه المادة بالنسبة لبيع عقار غير مشهر ،ذلك ان العقود المشهرة طبقا لنظام السجل العيني لها قوة ثبوت مطلقة ،فتنتقل الملكية الى المشترى بالشهر وحده مستقلة عن العقد ،فعلى الرغم من ان المشترى تلقى الملكية من غير مالك ،الا ان المالك لا يستطيع استرداد حقه بعد شهر العقد ، وبما ان المشترى اصبح مالكا ،فليس هناك ما يبرر طلب ابطال البيع ، بالرغم من ان البيع كان قابلا للابطال قبل الشهر لان الملكية انتقلت بالشهر ،ولان الشهر طهر الحق العيني من كل العيوب التي كانت تلحقه قبل الشهر ومنها في هذه الحالة قابلية بيع ملك الغير للابطال ،فان التسلسل المنطقي يقتضي منا التفرقة بين بيع عقار الغير قبل الشهر وبعد الشهر ،فقبل الشهر ،يكون بيع عقار الغير قابلا للابطال حكمه حكم المنقول سواء بسواء ولا اعتراض على نص المادة 397 من هذه الناحية ،انما اذا اشهر بيع عقار الغير فان الملكية تنتقل بهذا الشهر رغم قابلية العقد للابطال ،وكان من قبل الشهر قابلا للابطال ،وهذا هو وجه الاعتراض على نص المادة 397 ،التي لم تفرق بين الحالتين ،اى قبل شهر العقد وبعده .

وقد اخذ المشرع الجزائرى هذه المادة من القانون المدني المصرى المادة 644 منه ،التي جاءت موافقة لنظام الشهر الشخصي ،الذى كان يأخذ به المشرع المصرى وقت صدور القانون المدني المصرى سنة 1948 والذى لا زال يطبق الى الان في مصر ،اذ في ظل هذا النظام ،ليس للتسجيل حجية مطلقة ،اذ لا يمكنه ان يطهر العقد من العيوب التي كانت قد لحقته قبل التسجيل . عكس نظام الشهر العيني ،الذى له حجية مطلقة

./.

ومن غير المتصور عمليا ان يقوم شخص ببيع شيء مملوك لغيره ثم يشهره واذا حدث مثل هذا الامر، فهو نادر ونادر جدا، والنادر لا حكم له، وحتى في هذه الحالات النادرة ان حدثت، فان التضحية بحقوق الملاك الحقيقيين تصبح واجبة لصالح المجتمع، والمالك الحقيقي لا يهدر حقه كليا، انما له الحق في طلب التعويض(1) . لا يمكن اذن قيام شخص ببيع مال غيره ثم يشهر العقد في السجل العيني، ذلك ان الشهر لا يتم الا بعد قيام المحافظ بالتحقق الدقيق من شرعية، وسلامة العقد قبل شهره، وذلك عن طريق الرقابة والمراجعة السابقة على الشهر وهذا ما يعرف بمبدأ الشرعية، وهو احد مميزات السجل العيني، وقد افرد المشرع الجزائري عشر مواد كاملة من 100 الى 110 (2)، بينت هذه المواد ما يلتزم به المحافظ قبل اجراء الشهر، وبالنظر الى الدور والمظيم الذى يقوم به المحافظ، من اجل اشهار العقود، فانه لا يمكن ان يشهر عقدا صادرا من غير مالك، لانه يلتزم بفحص العقد فحصا دقيقا قبل شهره، فاذا تم شهر عقد صدر من غير مالك فيعود ذلك اساسا لخطأ المحافظ، فتقوم مسؤوليته وتحل الدولة محله في التعويض، ولها ان ترجع عليه في حالة خطئه الجسيم، وذلك طبقا للمادة 23 من امر 74 - 75 المتعلق بمسح الاراضي العام وتأسيس السجل العيني، اما طبقا للمادة 24 من نفس الامر فانه يمكن الطعن في قرار المحافظ، اما العقد المشهر فلا يمكن الطعن فيه، وهذا يعود لمبدأ

---

(1) لزيادة التفصيل راجع .د . ابراهيم ابو النجا - السجل العيني في التشريع المصرى - س 1978 . ف 27 - ص 57 .

(2) راجع قانون اعداد مسح الاراضي العام الصادر في 25 مارس 1976، الامر السالف الذكر .

قوة الثبوت المطلقة التي نص عليها قانون السجل العيني في مادتيه 85و86 من الامر الصادر في 25 مارس 1976 ، وهذه هي الميزة الثانية التي يتميز بها السجل العيني . هذا بالاضافة الى ان العقد الذى يراد شهره يجب ان يكون موثقا ، فلا يمكن شهر عقد غير موثق ، وهذا ما نصت عليه المادة 61 من الامر رقم 76 - 63 الصادر في 25 مارس 1976 السالف الذكر .

اما طبقا لقانون التوثيق الصادر في سنة 1970 ، فان الموثق يقوم بدور المحقق والفاحص لشخصية المتعاقدين ، والتحقق من الشهادات التي تثبت الملكية . . . الخ .

والنتيجة التي نصل اليها من كل ما تقدم انه لا يمكن ان نتصور ابدا ان يتوصل اى شخص الى بيع عقار الغير في القانون الجزائرى نظرا للمسؤولية الملقاة على عاتق كل من موثق العقود والمحافظ العقارى ونظرا للاجراءات العديدة والمعقدة التي يلتزم المتعاقدون بها والتحقيقات والرقابة اللتان يلتزم بهما كل من الموثق والمحافظ العقارى في مرحلة التوثيق وفي مرحلة الشهر ، ويبقى التصور الوحيد لبيع شخص عقار لا يملكه هو الحالة التي لايتبع فيها الاجراءات القانونية ، والذى يحدث عمليا هو البيع عن طريق العقد العرفي .

*

****

المبحث الخامس

الراى القائل بالعقد الموقوف

لم يقف بعض فقهاء القانون عند حد تطبيق القواعد العامة ، المنصوص عليها في القانون المدني ، على بيع ملك الغير ، وانما اخذوا بفكرة العقد

./.

الموقوف المعروف في الشريعة الاسلامية ، واقسم هذا المبحث الى مطلبين اخصص اولهما لعرض هذا الراى ، والثاني اخصصه لنقد هذا الراى .

المطلب الاول : عرض الراى .

ذهب بعض فقهاء القانون المصرى (1) الى ان بيع ملك الغير ، لا يمكن ان يخضع لاى جزاء من الجزاءات التي نصت عليها القواعد العامة في القانون المدني ، ولا يمكن وصف بيع ملك الغير بأنه باطل بطلانا نسبيا ، ذلك لان احكام البطلان النسبي ، لا تنطبق على هذا البيع لا بالنسبة الى تقريره ، ولا بالنسبة الى حكمه ، ولذلك فانه من اللازم استعمال الوصف الذى خلعه الفقهاء المسلمون على العقد الذى تكون احكامه كأحكام العقد الصادر من غير مالك في القانون الوضعي ، وليس هناك ما يمنع من استعمال هذا الوصف ، اذ ان المشرع لا يطلب ان يخلع على العقود اوصافا بل يطلب ان يوضع لها احكاما ، ولهذا يكون بيع ملك الغير عقدا موقوفا او غير نافذ على غرار الشريعة الاسلامية ، فاذا اقر المالك الحقيقي هذا البيع نفذ فيما بين المتعاقدين ، واصبح ساريا في حقه ، اما اذا لم يقره فان العقد يظل معدوم الاثر كما كان .

المطلب الثاني : نقد الراى .

على الرغم من ان الفقهاء (2) الذين يعترضون على هذا الراى يرون ان

---

(1) د . شفيق شحاته - النظرية العامة للتامين - ج 1 - فقرة 92 ، اشار اليه كل من د . عبد الرزاق احمد السنهورى - المرجع السابق - ج 4 - ف 157 - ص280-281 و .د . محمد زكي عبد البر - العقد الموقوف في الفقه الاسلامي وفي القانون المدني العراقي - وما يقابله في القانون المصرى - مقاله في مجلة القانون والاقتصاد السنة الخامسة والعشرون القسم 1 - ص 74 و 75 - هامش رقم 209 .

(2) راجع .د . عبد الرزاق احمد السنهورى - المرجع السابق - ج 4 - ف157 - ص 280 - 281 . وراجع .د . توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص 112 - هامش رقم 1 .

./.

الاخذ بقواعد العقد الموقوف، المعروف عند فقهاء المسلمين، بالنسبة لبيع ملك الغير، افضل بكثير من القواعد التي اوردها المشرع في هذا الخصوص، ومن كل النظريات التي قيلت في هذا الشأن، ويقترحون احلال قواعد نظرية العقد الموقوف، محل القواعد التي اوردها المشرع في شأن بيع ملك الغير، الا انهم لا يجدون هناك مبررا لجعل بيع ملك الغير موقوفا، مع وجود هذه المواد المنظمة له. وذلك للاسباب التالية :

اولا ـ لاختلاف الاحكام .

ان احكام بيع ملك الغير، تختلف عن احكام العقد الموقوف، من حيث ان بيع ملك الغير، ينتج اثره بمجرد ابرامه، ويظل منتجا لها الى ان يطالب المشترى بابطاله. بينما العقد الموقوف، كما تقضي بذلك احكام الفقه الاسلامي لا ينتج اى اثر قبل ان يجيزه المالك، فان اجازه ترتبت اثاره بأثر رجعي، اما اذا لم يجزه المالك، فانه يبقى غير منتج لاثاره.

يضاف الى ذلك، ان القانون استعمل اصطلاحي الاجازة، والاقرار وفرق بينهما، فالاجازة تستعمل عندما تصدر من المشترى، اما كلمة الاقرار فتستعمل عندما تصدر من المالك، وبهذا تنصرف الاجازة في الشريعة الاسلامية الى معنى الاقرار في القانون، اذ الاجازة تصدر من المالك وحده.

هذا فضلا عن ان في القانون هناك ابطال واجازة من المشترى واقرار من المالك. اما في الشريعة الاسلامية، فهناك اجازة من المالك، والفسخ من المشترى والبائع .

./.

ثانيا - لوجود النص التشريعي .

اذا كانت الشريعة الاسلامية ،هي احد مصادر القانون بل هي المصدر الثاني في القانون المدني الجزائري(المادة 1/1) . الا انه لا يمكن الرجوع الى احكام الشريعة الاسلامية ،الا في حالة غياب النص التشريعي ،اى حالة عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه على مسألة من المسائل ،اما عندما يكون هناك نص تشريعي ،فلا سبيل لاغفال النص،والنظر في احكام الشريعة الاسلامية ،وفي بيع ملك الغير يوجد نص تشريعي صريح ،يجعله بيعا قابلا للابطال وليس عقدا موقوفا .

واذا كانت نظرية العقد الموقوف تفضل كثيرا النظريات الاخرى ،فلا ينبغي الاخذ بها مع وجود النص التشريعي ،وانما ينبغي اعادة النظر في احكام بيع ملك الغير ،على ضوء هذه النظرية ،

./.

الفصـــل الثانـــي

جزاء بيع ملك الغير في الشريعة الاسلامية

اختلـف فقهـاء الشريعـة الاسلامية فـي الجـزاء الـذى يلحـق بيـع ملـك الغيـر . فذهـب بعضهـم (1) الـى اعتبـار بيـع الفضولـي باطلا ، وذهب اخرون (2) الـى اعتبـاره صحيحـا موقـوف علـى اجـازة المالـك . ولهـذا اتنـاول هـذا الفصـل فـي مبحثيـن ، اخصص اولهمـا للـراى القائـل ببطـلان بيـع ملـك الغيـر ، واخصص الثانـي للـراى القائـل بصحـة بيـع ملـك الغيـر موقوفـا علـى اجـازة المالـك . وقبـل ان اتنـاول هـذيـن المبحثيـن يقتضـي منا التطرق اولا للتعريـف بالفضولـي في الشريعـة الاسلاميـة والقانـون ، والتفرقة بينهمـا لان بيـع الفضولـي فـي الشريعـة الاسلاميـة يقابلـه فـي القانـون ، بيع ملـك الغيـر (3) ، وليـس فكـرة الفضالـة المنصوص عليهـا فـي المـواد من 150 الـى 154 من القانـون المدنـي الجزائـرى .

فالفضولـي في اصطـلاح فقهـاء الشريعـة الاسلاميـة هـو : " من يتصـرف فـي حـق الغيـر بغيـر اذن شرعي " (4) . اما في القانـون وحسب تعريـف المـادة 150 من القانـون المدنـي الجزائـرى : " هـو الذى يتولـى عن قصد القيام بشـأن لحسـاب شخص اخر دون ان يكون ملزمـا بذلك " .

---

(1) راجع . ابن الشيخ محمد باقر - البيع - اشار اليه عبد الهادى الحكيم - رسالة في الماجيستير عنوانها " عقد الفضولي في الفقه الاسلامي " 1979 ص 69 و 70 .

(2) راجع . شمس الدين السرحسي - المبسوط - ج 13 - المجلد 13 - ص 153 .
وراجع شمس الدين الدسوقي - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج 3 - ص 12 .

(3) راجع . د . عبد الرزاق احمد السنهورى - مصادر الحق في الفقه الاسلامي - المرجع السابق - ص 183 .

(4) راجع . ابن عابدين - المرجع السابق - ص 106 .

./.

نلاحظ ان القانون المدني الجزائرى يتفق مع الشريعة الاسلامية من حيث ان الفضولي يقوم بعمل لحساب الغير، ومن حيث ان اجازة رب العمل، لعمل الفضولي تجعل هذا الاخير وكيلا عن رب العمل، اذ يوجد في الشريعة الاسلامية، قاعدة فقهية تقول : ان الاجازة اللاحقة كالوكالة للسابقة، وعلى ما اعتقد ان المادة 152 من القانون المدني الجزائرى، اخذت من هذا المبدأ الفقهي، اذ جاء في هذه المادة ما يلي : " تسرى قواعد الوكالة اذ ا اجاز رب العمل ما قام به الفضولي" . غير اننا نجد فروقا اساسية . بين الفضالة في الشريعة الاسلامية، والفضالة في القانون، من حيث ان فقهاء (1) القانون يشترطون لتسمية القائم باعمال الغير فضوليا . ان يكون العمل الذى قام به عملا عاجلا وضروريا، في حين لا نجد فقهاء الشريعة الاسلامية يشترطون هذا الشرط والملاحظ على المادة 150 مدني جزائرى المقابلة للمادة 188 مدني مصرى، انها لم يرد فيها كلمة" عاجل" في حين ان المادة المصرية وردت فيها هذه الكلمة، فهل معنى ذلك ان المشرع الجزائرى يعتبر من يتدخل في شؤون غيره، دون ان يكون ملزما به فضوليا ولو لم يكن العمل الذى قام به يقتضي العجلة وذلك على غرار الشريعة الاسلامية؟ ام ان هذه الكلمة سقطت من النص اغفالا من المشرع لا قصدا منه ؟ ارجح الافتراض الاول، لان النص العربي مطابقا للنص الفرنسي، وارى ان المشرع الجزائرى لم يرد هذه الكلمة قصدا لا اغفالا .

اخلص الى ان الفضالة في الفقه الاسلامي، اوسع نطاقا من الفضالة في القانون، اذ يعرف الفقه الاسلامي، كما يرى بعض فقهاء (2) القانون

---

(1) راجع .د . عبد الرزاق احمد السنهورى ـ مصادر الالتزام ـ ج 1 ـ س1952 ـ ص 1235 . 1236

(2) راجع .د . محمد الالفي ـ الفضالة ـ باريس 1975 ـ ص 73 ـ 74 .

./.

نوعين او نظامين من الفضالة ، نظام الفضالة الفقهي ، (او التقليدى) ويقابله في القانون التصرف في ملك الغير ، وفي هذا النوع من الفضالة يقوم الفضولي بتصرف قانوني او بعمل مادى لحساب الغير ، دون ان يكون ملزما بذلك ، فلا ينتج تصرفه اى اثر قانوني في حق رب العمل الا اذا اجازه ، ونظام الفضالة القانوني ، وفيه يقوم الفضولي بتصرف قانوني ، او بعمل مادى لحساب الغير ، دون ان يكون ملزما بذلك فيلتزم رب العمل وينتج اثارا قانونية ، وهذا ما يسمي بالفضالة عندنا ، فالقانون المدني الجزائرى ، وكذلك المصرى والفرنسي ، فصلوا بين النظامين ، او النوعين من الفضالة ، ورتبوا على كل نوع اثارا معينة تختلف عن الاخرى . اما القانون المدني العراقي ، والقانون المدني الايراني وكذلك مجلة الاحكام العدلية فقد تتبعوا نفس المنهج الذى سار عليه الفقهاء المسلمون .

*

****

المبحث الاول

الراى القائل بالبطلان

ان القائلين بالبطلان هم الشافعي ، وابي ثور ، وابن المنذر (1) وابن جزم الظاهرى (2) ، فهولاء الفقهاء المسلمون ، يعتبرون بيع الفضولي بيعا باطلا من اساسه ، ولا ينتج اى اثر ، لا فيما بين المتعاقدين ، ولا بالنسبة للغير ومن غير الممكن تصحيح هذا البيع فيما بعد من طرف المالك ، لان الاجازة

---

(1) راجع . ابن قدامة - المغنى - ج 4 - ص 228 .
(2) ابن حزم الظاهرى - المحلى - ج 8 - ص 434 .

./.

تلحق العقد الموجود ، وبيع الفضولي لا وجود له ، واذا امكن تصور وجود عقد بيع بين المشترى والمالك : فلا يكون الا بعقد جديد بينهما . ولقد استدل هذا الفريق بعدة حجج ، انتقدت من طرف الذين قالوا بصحة بيع الفضولي موقوفا على اجازة المالك . ولهذا اتناول هذا المبحث في مطلبين ، اخصص الاول منهما لعرض حجج هذا الفريق ، وفي الثاني اتعرض لنقد هذه الحجج .

المطلب الاول : عرض الحجج .

استدل القائلون ببطلان بيع الفضولي بحجج من القرآن ، ومن السنة ومن العقل اعرضها فيما يلي :

اولا - من القرآن :

استدل القائلون بالبطلان بقوله تعالى : " يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم" (1) .

فبيع الفضولي ، تفسيرا لهذه الاية الكريمة ، يعتبر اكلا لاموال الناس بالباطل ، لان هذا البيع لم يقترن به رضا المالك ، والاجازة اللاحقة لا يمكن ان تصحح عقدا باطلا (2) .

كما استدلوا بقوله تعالى : " ولا تكسب كل نفس الا عليها " (3) . وتدل هذه الاية ، على ان الفضولي لا يستطيع ان يملك المشترى الشيء المبيع ولا ان يملك المالك الثمن (4) .

---

(1) سورة النساء ، آية 29 .
(2) راجع ابن الشيخ محمد باقر - المرجع السابق - اشار اليه عبد الهادى الحكيم - ص 83 و 84 .
(3) سورة الانعام - آية 164 .
(4) راجع ابن حزم الظاهرى - المرجع السابق - ج8 - ص 435 .

./.

ثانيا - من السنة .

كما استدل القائلون ببطلان بلينع الفضولي ، من السنة بقوله صلى الله عليه وسلم لحكيم من حزام ، حين سأله " يا رسول الله يأتيني الرجل يسألني البيع ، وليس عندى ، افأبيعه ؟ " فأجابه صلى الله عليه وسلم "لا تبع ما ليس عندك" روى الحديث ابن ماجة والترمذى .

فهذا النهي الصادر من النبي صلى الله عليه وسلم ، دليل على ان بيع الانسان ما لا يملك لا ينعقد ، لانه لا ينعقد تصرف صدر فيه نهي ، والفضولي يبيع ما ليس عنده (1) .

كما استدلوا من السنة ايضا ، بقوله صلى الله عليه وسلم : " ان دماءكم واموالكم ، واعراضكم ، وابشاركم عليكم حرام" .

فليس لاحد ان يحل ما حرم الله تعالى ، من ماله ولا من بشرته ، ولا من عرضه ، ولا من دمه ، الا بالوجه الذى اباحه القرآن ، والسنة ومن فعل ذلك فهو مردود ، لقوله صلى الله عليه وسلم : " من عمل عملا ليس عليه امرنا فهو رد " . والسكوت ليس رضا الا من اثنين فقط : الرسول الكريم والبكر في نكاحها ، فالسكوت ممكن ان يكون رضا او رفضا ، ولا تحل الاموال المحرمة بالظن (2) .

كما استدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم : " لا طلاق الا فيما تملك ، ولا عتق الا فيما تملك ، ولا بيع الا فيما تملك" (3) .

---

(1) راجع . ابن قدامة - المرجع السابق - ص 227 .
(2) راجع . د . محمد زكي عبد البر - المرجع السابق - ف 66 - ص 163 و 164 .
(3) راجع . النووى - المجموع - ج 9 - ص 286 .

ثالثا - من العقل .

اما من العقل ،فقد استدل الفريق القائل ببطلان بيع الفضولي بأن التصرف في ملك الغير بغير اذنه ممنوع ،والفضولي يبيع مال غيره بغير اذن مالكه ،ورضاء المالك اللاحق لا يرفع القبح الثابت اثناء بيع الفضولي (1) .

كما استدلوا من العقل ،بأنه يشترط في المحل ان يكون مما يصح تملكه ،وان يكون مملوكا للبائع ،لان الانعقاد معناه ارتباط بين كلامي العاقدين ،يتعهد كل منهما بتمكين الاخر من جميع احكام العقد والبائع لا يستطيع تمكين المشترى من المبيع ،لانه ليس مالكا ،ولا وكيلا ولا وليا . ولان مالا يملكه لا يقدر على تسليمه ،فهو كبيع الطير في الهواء والسمك في البحر ،فيقع بيعه باطلا ،وذلك للغرر الناشيء عن عدم القدرة على التسليم وقت العقد ،وما يترتب عليه من نزاع ،كما يشترط هؤلاء الفقهاء لانعقاد العقد ،ان يكون البائع مالكا او نائبا عن المالك ، بالاضافة الى كونه عاقلا مختارا . فالولاية عندهم كالاهلية ،تشترط لانعقاد العقد ،فكما لا يوجد العقد من فاقد الاهلية فانه لا يوجد من فاقد الولاية ،فلا انعقاد الا بالقدرة الشرعية (2) .

المطلب الثاني : نقد الحجج .

لقد انتقدت جميع الحجج التي استدل بها الفريق القائل ببطلان بيع الفضولي . واعرضها فيمايلي :

---

(1) راجع . الحدائق للبحراني -ج5 -ص 741 ،اشار اليه عبد الهادى الحكيم - المرجع السابق - ص 89 .

(2) راجع . شمس الدين السرحسي - المرجع السابق - ص 153 .
وراجع ابن قدامة - المرجع السابق - ص 227 - 228 .

./.

1 - ان العقد الصادر من الفضولي ،لا يطلق عليه (تجارة) لعدم حصول النقل والانتقال بمجرد انعقاده ،ومن ثم فان الاية لم تحرم بيع الفضولي (1) .

2 - ان النهي الوارد في قضية حكيم بن حزام ،ليس دليلا على ابطال بيع الفضولي ،لان الحديث وارد في بيع المرء لنفسه ماليس عنده ، وقضية حكيم بن حزام مشهورة ،اذ كان هذا الرجل يبيع ثم يدخل السوق ويشترى السلعة ثم يسلمها للمشترى ،وعلة ابطال هذا البيع ،هو احتمال الا يجد البائع الشيء الذى باعه في السوق ،فيعجز عن تسليمه للمشترى ،فيكون قد غرر به ،والتغرير لا يجوز (2) .

3 - يرد على الحجة الثالثة والرابعة ،بانه توجد ادلة اخرى من الكتاب والسنة ،تجيز بيع الفضولي ،ومع وجود هذه الادلة ،فلايكون العمل بها ردا (3) .

4 - ان النهي الوارد في قوله صلى الله عليه وسلم" لا بيع الا فيما يملك" لم يفصل بين ما تلحقه الاجازة وما لا تلحقه ،والنهي خاص بالتصرفات التي تنتج اثارها حال انعقادها ،اما بيع الفضولي ،فلا ينتج اثاره في الحال بل يتوقف على اجازة المالك (4) .

---

(1) راجع . منية الطالب للخونسارى - ج 1 - ص220 - 221 ،اشار اليه عبد الهادى الحكيم - المرجع السابق - ص 85 .

(2) راجع ابن قدامة - المرجع السابق - ص 228 .
وراجع . ابن رشد - المرجع السابق - ص 129 - 130 .

(3) راجع عبد الهادى الحكيم - المرجع السابق - ص 92 .

(4) راجع عبد الهادى الحكيم - المرجع السابق - ص 86 .

./.

5 - ان المنع من التصرف في مال الغير مختص بالتصرف الخارجي الذى يستدعي تسليما وتسلما ، اما مجرد انشاء صيغة العقد على مال الغير من دون ترتيب لاثاره الا بعد اجازة المالك فلا يعد تصرفا (1) .

6 - ان اعتبار بيع الفضولي ، كبيع غير مقدور التسليم ، وكبيع الطير في الهواء ، والسمك في البحر ، مردود عليه : فلا محل لقياس بيع الفضولي على هذا النوع من البيوع ، لان عدم جواز البيع في هذه الحالات يرجع لانعدام المحل ، فالطير والسمك ليس مملوكا لاحد ، وما ليس مملوكا لاحد لا يكون محلا للبيع . اما بيع الفضولي فمحله شيء موجود ، وكون هذا الشيء مملوكا لغير البائع ، توقفت اثار البيع على اجازة المالك (2) .

7 - ان الولاية الشرعية ليست شرطا لانعقاد العقد وصحته ، بل هي شرط لنفاذه ، وعلى ذلك فبيع الفضولي منعقد وصحيح لتوافر جميع اركانه وشروطه ، ولكنه موقوف لتخلف نفاذه ، وهو الولاية الشرعية ، اى الملك ، او الاذن وكون الشيء غير مملوك للبائع ، غير مانع من صحة البيع ، فان المالك لو آذن قبل البيع لصح فكذا بعده ، اذ لا فرق بينهما (3) .

*

****

المبحث الثاني

الراى القائل بصحة العقد موقوفا على اجازة المالك

يرى ابو حنيفة ، ومالك ، واسحاق ، ان بيع الفضولي ، بيع صحيح موقوف

---

(1) راجع عبد الهادى الحكيم - المرجع السابق - ص 89 .

(2) راجع ابن الهمام ، جـ5 : ص309-311 ، اشار اليه محمد زكي عبد البر - المرجع السابق - ف 63 - 162 .

(3) راجع .د . محمد زكي عبد البر - المرجع السابق - ف 63 - ص 162 .

./.

على اجازة المالك، ان اجازه نفذ ولزم البيع، وان لم يجزه بطل (1)، وقد جاء هؤلاء الفقهاء بأدلة تؤيد رايهم، هذا وقد اشترطوا لتوقف بيع الفضولي شروطا، اعرضها في المطلب الثاني من هذا المبحث، بعد ان اعرض في المطلب الاول حججهم ونقدها .

المطلب الاول : عرض الحجج ونقدها .

استدل القائلون بصحة بيع الفضولي موقوفا على اجازة المالك بحجج استعرضها فيما يلي، على ان استعرض نقد هذه الحجج فيما بعد .

اولا - عرض الحجج .

اعتمد هذا الفريق بحجج من القرآن، ومن السنة، ومن المعقل كسابقه .

1 - من القرآن :

استدل القائلون بصحة بيع الفضولي موقوفا على اجازة المالك، بقوله تعالى : " يأيها الذين آمنوا اوفوا بالعقود " (2) فخلو العقد عن اذن المالك لا يوجب نفي اسم العقد لعدم لزوم سبق الاذن منه، وترتيب الاثر المتوقف على الاجازة، فعموم هذه الاية يفيد صحة بيع الفضولي (3). كما استدلوا بقوله تعالى : " واحل الله البيع وحرم الربا " (4) . وقوله تعالى : " يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون

---

(1) راجع ابن قدامة - المرجع السابق - ص 227 .
(2) سورة المائدة، آية 1 .
(3) راجع المكاسب للشيخ الانصارى - ص 124، اشار اليه عبد الهادى الحكيم - المرجع السابق - ص 73 .
(4) سورة البقرة، آية 275 .

./.

تجارة عن تراض منكم" (1) ، وقوله : " فاذا قضيت الصلاة فانتشروا في الارض وابتغوا من فضل الله" (2) .

فعموم وجوب الوفاء بالعقد شامل لكل عقد التزم به الشخص، وان كان صادرا من الغير، لان نسبة العقد الى الشخص غير مشروط بصدوره منه، اذ قد يكون العقد صادرا من الوكيل، وينسب للموكل، مع انه لم يصدر منه . واحل الله البيع والشراء، والتجارة، وابتغاء الفضل من غير تمييز بين ما اذا وجد من المالك بطريق الاصالة، وبين ما اذا وجد من الوكيل في الابتداء، او بين ما اذا وجدت الاجازة من المالك في الانتهاء وبين الرضا في التجارة عند العقد او بعده، فيجب العمل باطلاق النص (3) .

2 - من السنة :

واستدل القائلون بصحة بيع الفضولي موقوفا على اجازة المالك، من السنة بحديث عروة البارقي، الذى وكله الرسول صلى الله عليه وسلم، ان يشترى له شاة، فاشترى شاتين، وباع الثانية دون ان يرجع الى الرسول في امر بيعها، فاذن الرسول ناصر على الشراء دون البيع، فيكون بيع عروة الشاة الثانية فضوليا، واقرار الرسول عليه السلام لهذا البيع يدل على ان بيعه صحيح، اذ لو لم يكن كذلك لما اقره، ولما دعا له بالبركة، بل لامره برد الشاة، واعادة الدينار الى صاحبه، فبيع الفضولي اذن يعتبر صحيحا (4) .

---

(1) سورة النساء، آية 29 .
(2) سورة الجمعة، آية 10 .
(3) راجع بدائع الصنائع للكساني - ج 5 - ص 148 - 149 اشار اليه عبد الهادى الحكيم المرجع السابق - ص 79 .
(4) راجع ابن رشد - المرجع السابق - ص 129 - 130 .
وراجع السرخسي - المرجع السابق - ص 154، وراجع ابن قدامة - المرجع السابق - ص 227 .

./.

3 - من العقل :

كما استدل القائلون بصحة بيع الفضولي موقوفا على اجازة المالك من العقل ، بأنه لا يوجد ما يمنع من انعقاد بيع الفضولي ، لان البيع صدر من اهله ، وفي محله ، فالبائع عاقل مختار ، والمبيع شيء يصح تملكه ، والانتفاع به ، وليس هناك ضرر ينتج من هذا البيع ، لا بالنسبة للمالك الحقيقي ، لانه مخير بين الاجازة ، وبين رد البيع ، والعقد لا ينتج اثره قبل اجازته ، بل المحقق والمحتمل وقوعه هو استفادة المالك من هذا البيع . ولا بالنسبة للمشترى لانه يصل الى حاجته ، وفي امكانه كذلك فسخ البيع ، اذا تبين ان المالك الحقيقي لن يجيزه ، واما الفضولي ففي بقاء العقد واقفا ، صون لكلامه عن الالغاء ، بل وحصول الثواب له ، اذا نوى الخير لله تعالى من الاعانة على حصول الرفق لاخيه المسلم .
كما ان الاذن في الوكالة ، كما يكون سابقا ، قد يكون لاحقا ، ويقوم الاذن اللاحق مقام الاذن السابق ، طبقا للقاعدة الشرعية التي تقول : "الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة ، والاجازة في الانتهاء ، كالاذن في الابتداء"(1).

ان بيع الفضولي ، كالوصية بما زاد عن ثلث مال الموصي ، فهذه الوصية ليست باطلة بل موقوفة على اجازة الورثة ، فان اجازوها صحت والا بطلت(2) .

ثانيا - نقد الحجج :

وجهت الى الحجج السابقة ، والتي اوردها القائلون بصحة بيع الفضولي موقوفا على اجازة المالك انتقادات اوردها فيما يلي :

---

(1) راجع . السرخسي - المرجع السابق - ص 154 .
وراجع . د . محمد زكي عبد البر - المرجع السابق - ف 61 - ص 159-160 .
(2) راجع السرخسي - المرجع السابق - ص 154 .

./.

1 ـ ان العموم الوارد في الايات القرآنية ،لا يشمل عقد الفضولي قبل الاجازة،لان من المعلوم عدم وجوب الوفاء على المالك بالعقد الصادر من الفضولي ،كما ان التمسك بالعموم بعد الاجازة يتوقف على جواز الرجوع الى العام بعد خروج الفرد منه (1) .

2 ـ ان عروة البارقي وكيل للرسول صلى الله عليه وسلم وكالة عامة في البيع وفي الشراء فلا يعتبر فضوليا ،بل وكيلا ،فبيعه صحيح لانه وكيل عام لا لانه بائع فضولي (2) .

ولقد رد القائلون بصحة بيع الفضولي موقوفا على اجازة المالك بأن عروة البارقي لم يكن وكيلا مطلقا بالبيع وبالشراء ،فلقد امره الرسول بشراء شاة ،وبهذا لا يصير وكيلا بمطلق التصرف(3) .

3 ـ هناك فرق بين الوصية وبين بيع الفضولي ،ففي الوصية ،الوصي يتصرف في ملكه ،والوارث لا يجيز تصرفا وقع على ماله ،وانما ينشئ هذا التصرف . اما بيع الفضولي فهو تصرف فيما لا يملك ،والمالك يجيز تصرفا وقع على ماله . فلا محل لقياس بيع الفضولي على الوصية بما تجاوز عن الثلث لانهما على وجه نقيض .

المطلب الثاني : شروط جعل بيع الفضولي موقوفا .

اشترط القائلون بصحة بيع الفضولي على اجازة المالك شروطا هي :

---

(1) راجع حاشية الايرواني على المكاسب ـ ج 1 ـ ص 117 ،اشار اليه عبد الهادى الحكيم المرجع السابق ـ ص 74 .

(2) راجع النووى ـ المرجع السابق ـ ص 285 .

(3) راجع السرحسي ـ المرجع السابق ـ ص 154 .

الشرط الاول : ان يكون العقد من العقود التي يملك صاحب الشان مباشرتها بنفسه .

فاذا وجد من يقدر على اجازة البيع يوم ابرامه ،انعقد العقد موقوفا ، مثال ذلك بيع الفضولي مال الصغير بمثل قيمته ،فان البيع ينعقد موقوفا على اجازة الولي لان الولي يملك انشاء هذا البيع بنفسه ،فيحق له اجازة البيع حين صدوره ،حتى لو صدرت الاجازة من صاحب المال بعد بلوغه لانه ليس شرطا ان يكون المجيز هو صاحب المال ،او من له حق الاجازة يوم انشاء عقد الفضولي هو الذى يصدر الاجازةفعلا . اما اذا لم يوجد من يقدر على اجازة العقد اثناء ابرامه ،فانه لا ينعقد اصلا . مثال ذلك ان يبيع الفضولي مالا للصغير بغبن فاحش،فان الولي لا يملك التصرف في مال الصغير بما فيه ضرر له ،فلا يملك اجازته اذا صدر من غيره . او كما لو باع الفضولي مال غيره ،ثم اشتراه من المالك ثم سلمه الى المشترى ،فانه لا يجوز،لان البيع باطل ،وانما يجوز لو كان سبب ملكه متقدم على بيعه ،كأن باع الغاصب المغصوب فضمنه المالك من يوم الغصب جاز بيعه ،لانه يعتبر مالكا من يوم الغصب اى قبل بيعه ،وان ضمنه يوم البيع فان البيع لا يجوز(1) .

الشرط الثاني : ان لا يبيع الفضولي من نفسه :

لانه بذلك يعتبر بائعا ومشتريا في وقت واحد ،فلا ينعقد بيعه لزوال شرط انعقاده ،وهو التعدد ،سواء كان الفضولي اصيلا عن نفسه في البيع او نائبا عن غيره .

---

(1) راجع . ابن عابدين - المرجع السابق - ص 106 وما بعدها .
وراجع بدران ابو العينين بدران - الشريعة الاسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقد بدون تاريخ - ص 478 .
. 108 ص [illegible]

./.

الشرط الثالث : ان لا يكون الفضولي غاصبا ،وقد باع ما غصبه :

وهو عين من غاصب اخر بمال عين ايضا كان قد غصبه من المالك الاول ، مثال ذلك ان يكون لزيد جارية وعبد ،فيغصب عمرو منه الجارية ، ويغصب محمود العبد ،ثم يبيع عمر الجارية من محمود بالعبد المغتصب فان البيع فاسد لاختلال شرط صحته ،وهو الفائدة ،حيث ان هذا البيع غير مفيد ،لان كل من المبيع والثمن للمالك الاول ،فلم يزد ذلك في ملكه شيئا ففسد . اما اذا كان الغاصبان قد غصبا من رجلين مختلفين لا من رجل واحد فباعا مااغتصباه بعضه ببعض،فانه يصح البيع موقوفا ايضا ولا يبطل لما فيه من الفائدة (1) .

والخلاصة التي اصل اليها من هذا الفصل هي انه بالرغم من الانتقادات والحجج التي اوردها انصار بطلان بيع الفضولي ،فان الراى الراجح الذى قال به معظم الفقهاء المسلمين ،هو الراى القائل بانعقاد بيع الفضولي صحيحا موقوفا على اجازة المالك ،وقد اخذت بهذا الراى كل من مجلة الاحكام العدلية ،ومن بعدها كتاب مرشد الحيران ،وهما تقنينان مستمدان من الفقه الحنفي وكذلك اخذ به المشرع العراقي والاردني (2) . وعليه فان الراى القائل بانعقاد بيع الفضولي موقوفا على اجازة المالك ،هو الراى الصائب للاسباب التالية :

- ان اعتبار بيع الفضولي موقوفا على اجازة المالك ،اساسه التعاون الذى يجب ان يكون محور التعامل بين الناس،والذى امر به الله تعالى في

---

(1) راجع . ابن عابدين ـ المرجع السابق ـ ص 108 .
(2) راجع .د . محمد زكي عبد البر ـ المرجع السابق ـ ف 72 وما بعدها .
وراجع .د . عباس حسن الصراف ـ المرجع السابق ـ ف645 ص 274-275 .

قوله : " وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان " (1) ، واذ يقوم الفضولي ببيع اموال غيره ، فقد يقصد من وراء هذا البيع تحقيق منفعة للمالك الذى قد لا يستطيع هو نفسه تحقيقها لسبب من الاسباب كأن يكون غائبا مثلا ، وتسنح فرصة مواتية لبيع امواله الذى هو في حاجة ماسة الى بيعها ، فيقوم الفضولي ، الذى قد تربطه صلة بالمالك ، كأن يكون احد اقربائه ، او اصدقائه ، او جيرانه ، باغتنام هذه الفرصة ، بعرض امواله للبيع ، فيجلب بذلك فائدة له ، اما لو تقاعس عن اجراء هذا البيع فقد يحرم المالك من مثل هذه الفرصة فيتضرر اذ قد لا تأتيه فرصة اخرى للبيع ، وحتى على فرض ان هذا البيع لم يحقق اية منفعة للمالك ، فانه لا يسبب له اى ضرر ، ذلك ان البيع موقوف على اجازته وقبل صدور الاجازة منه ، فان البيع لا يرتب اى اثر . والمالك مخير بين اجازة البيع فينفذ في حقه ، او رد البيع فيسقط ، وان احتمال تحقيق مصلحة المالك ارجح من عدم تحقيقها ، كما ان هذا الراى هو اقرب الى احكام القانون ، ذلك ان القانون جعل بيع ملك الغير قابلا للابطال ، فالعقد منعقد الى ان يطالب بابطاله ، فالعقد صحيح كما في الشريعة الاسلامية ، غير انه يختلف عنها من حيث انه يرتب اثاره بمجرد انعقاده ، بينما لا يرتبها في الشريعة الاسلامية الا بعد اجازة المالك الحقيقي ، وحكم الشريعة الاسلامية يفضل حكم القانون في هذه الناحية ، لان القول بوقف العقد حتى ترد عليه الاجازة ، افضل من القول ان العقد قائم حتى يبطل .

---

(1) سورة المائدة . آية 2 .

الباب الثاني

آثار بيع ملك الغير

بيع ملك الغير عقد قابل للابطال حسب نص المادة 397من القانون المدني الجزائرى ،والعقد القابل للابطال ، طبقا للقواعد العامة ،ينتج جميع آثاره من وقت ابرامه ،فاذا تقرر ابطاله زالت تلك الاثار بأثر رجعي سواء بالنسبة للمتعاقدين ،او بالنسبة للغير ،وحق طلب ابطال العقد مقرر لمصلحة من شاب ارادته عيب من عيوب الرضا ،او لمصلحة ناقص الاهلية . اما في بيع ملك الغير ،فالابطال مقرر لمصلحة المشترى وحده فقط . كما ان العقد القابل للابطال يمكن اجازته وتكون الاجازة من القاصر بعد بلوغه سن الرشد ،او من وليه ،او وصيه قبل بلوغه سن الرشد ،وهذه الاجازة تجعل العقد ساريا فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير اما في بيع ملك الغير فالاجازة تكون من المشترى وحده ،وان كانت هذه الاجازة تصحح العقد فيما بين المتعاقدين ،الا انها لا تجعله نافذا في حق المالك الا منذ اقراره البيع . اذن رتب المشرع عن بيع ملك الغير اثارا خاصة خالف بها حكم القواعد العامة في العقد القابل للابطال . واتناول هذه الاثار في فصلين ،اخصص اولهما لاثار بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين ،واخصص الثاني لاثار بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي .

./.

الفصل الاول

اثار بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين

خول المشرع الجزائري للمشتري في المادة 397 مدني ، الحق في طلب ابطال البيع ، واقر له زيادة عن حقه في التمسك بهذا الابطال ، الحق في المطالبة بالتعويض. غير ان حقه في طلب ابطال هذا البيع يسقط بمضي مدة معينة ، ينقلب بعدها البيع صحيحا فيما بين المتعاقدين . كما ينقلب بيع ملك الغير صحيحا بتحقق حالات معينة . وعليه اقسم هذا الفصل الى مبحثين ، اتناول في المبحث الاول حق المشتري في طلب الابطال واثاره ، واتناول في المبحث الثاني زوال قابلية بيع ملك الغير للابطال .

المبحث الاول

ابطال البيع واثاره

بما ان البائع غير مالك للمبيع ، فانه لا يستطيع تنفيذ التزامه بنقل الملكية للمشتري ، لهذا اجاز له المشرع طلب ابطال البيع ، والتعويض عن هذا الابطال . واذا كان المشرع اعطى للمشتري الحق في طلب الابطال ، فهل معنى ذلك ان الحق في طلب ابطال العقد قاصر عليه فقط دون سواه ، ام انه يجوز لغيره التمسك به ؟ هذا ما احاول دراسته في المطلب الاول من هذا المبحث ، اما المطلب الثاني فاخصصه لاثار الابطال اوّ الحق في التعويض."

./.

<u>الراى الاول</u> : طلب الابطال قاصر على المشترى وحده .

يقصر العديد من شراح القانون المدني المصري[1] وبعض شراح القانون المدني الفرنسي (2) ، طلب ابطال بيع ملك الغير على المشترى وحده ولا يجيزونه للبائع اطلاقا حتى ولو كان حسن النية ، اثناء ابرام العقد ، لا عن طريق الدفع قبل تسليم المبيع ، ولا عن طريق الدعوى الاصلية بعد التسليم .

وقد استند هؤلاء الشراح الى الحجج التالية :

اعتمد شراح القانون المدني المصرى ، على نصوص هذا التقنين ، التي قصرت طلب ابطال البيع على المشترى وحده ، ولم تجزه للبائع ، وللمشترى طلب ابطال البيع ولو كان سيء النية لان سوء نيته لن تحرمه سوى من الحصول على التعويض ، الذى نصت عليه المادة 468 مدني مصرى (م 399 مدني جزائرى) ، ويفهم هذا بمفهوم المخالفة لهذه المادة ، التي خولت للمشترى الحق في التعويض اذا حكم له بابطال البيع ، وكان يجهل ان المبيع مملوك للبائع ، اذن يجوز له طلب ابطال البيع ، ولو كان سيء النية ، بأن كان يعلم وقت ابرام البيع ، ان المبيع مملوك لغير البائع فلا ينظر لحسن او سوء نية المشترى فيما يتعلق بطلبه ابطال البيع كما يجوز له طلب ابطال البيع ولو كان البائع حسن النية ، ويستفاد هذا

---

(1) راجع . د . عبد الرزاق احمد السنهورى - المرجع السابق - ج 4 - ف 161 - ص 290 .
و . د . سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق - ف 92 - ص 386 وما بعدها .
و . د . عبد المنعم البدراوى - المرجع السابق - ف 288 - ص 417 و 418 .
وراجع . د . خميس خضرة - عقد البيع في القانون المدني - س 1972 . ف 173 - ص 272 .

(2) راجع [illegible] GHOBLONT [illegible] ف 78 - ص 3 - وراجع . بلانيول وريبير وهامل - المرجع السابق - ف 48 - ص 51 .

./.

ايضا من مفهوم المخالفة للمادة السابقة التي جعلت للمشترى الحق في التعويض ولو كان البائع حسن النية، فيكون له من باب اولى ان يطلب ابطال البيع ولو كان البائع حسن النية، بان كان يجهل وقت ابرام العقد، انه غير مالك، فحسن او سوء نية البائع لا اعتبار لهما في طلب المشترى ابطال البيع(1) .

ومرجع هذا الحكم هو الضرر المؤكد الذى يصيب المشترى من جراء عدم انتقال الملكية اليه، مقابل عدم تحمل البائع بأى ضرر، وبالتالي يحرم من طلب ابطال البيع، سواء كان عالما بانه غير مالك ام كان جاهلا ذلك، اذ يعتبر البائع في الحالتين مخطئا، ففي الحالة الاولى عن قصد، وفي الحالة الثانية عن تقصير، اذ قصر في التحرى عن حقيقة المبيع، وفيما اذا كان هو المالك فعلا، ام ان المالك هو شخص اخر غيره، فكان عليه ان يعرف مدى حقوقه، والا يرتبط بوعد لا يمكنه الوفاء به، وعليه لا يمكنه التخلص من التزامه بالاعتماد على خطئه (2) .

كما اعتمد هؤلاء الشراح على قواعد الضمان، اذ ان التزام البائع يتعارض مع طلبه ابطال البيع واسترداد المبيع من المشترى، اذا كان قد سلمه له، بحجة اعادته للمالك، لان الاسترداد لا يكون الا من المالك والبائع ليس بمالك، كما لا يجوز للبائع استرجاع المبيع من المشترى اذا اصبح مالكا بدعوى استحقاقه للمبيع، لان من التزم بالضمان لا يجوز منه التعرض(3) .

---

(1) راجع د . خميس خضرة ـ المرجع السابق ـ ف 173 ـ ص 272 .
وراجع د . سليمان مرقص ـ المرجع السابق ـ ط الثالثة ـ ف 292 ـ ص 530و531 .
(2) راجع د . سليمان مرقص ـ المرجع السابق ـ ف 293 ـ ص 533 .
وراجع بلانيول وريبير وهامل ـ المرجع السابق ـ ف 48 ـ ص 51 .
(3) راجع د . سليمان مرقص ـ المرجع السابق ـ ف 291 ـ ص 529 .

./.

<u>الراى الثاني</u> : طلب الابطال يكون من المشترى والبائع .

ذهب بعض شراح القانون المدني الفرنسي الى ان للبائع الحق في رفع دعوى الابطال قبل تسليمه المبيع للمشترى ، ولو كان سيء النية وقت ابرام العقد ، اى انه كان يعلم بملكية المبيع للغير وتعمد بيعه ففي هذه الحالة يمكنه الامتناع عن تسليم المبيع حتى لا يجبر على الاعتداء على ملك الغير ، اما اذا كان قد سلم المبيع للمشترى ، ولم يتمسك بالابطال قبل التسليم ، سقط حقه في طلب الابطال ، وامتنع عليه الاسترداد ، سواء كان حسن النية او سيء النية ، لان تمسكه بابطال البيع واسترداد المبيع بعد ان سلمه يعد تعرضا منه للمشترى ، والبائع ملتزم بعدم التعرض له ، تطبيقا للمادة 1628 مدني فرنسي ، كما انه يعد بمثابة استرداد للمبيع ودعوى الاسترداد لا تقبل الا من المالك والبائع هنا غير مالك (1) .

ويفرق اخرون (2) بين البائع حسن النية والبائع سيء النية . فاجازوا للبائع سيء النية المطالبة بابطال البيع قبل التسليم فقط ، وحرموا عليه ذلك بعد التسليم . اما البائع حسن النية وقت ابرام العقد فقد اجازوا له المطالبة بابطال البيع سواء قبل التسليم او بعده ، فقبل التسليم يستطيع البائع ، قانونا الامتناع عن تسليم المبيع اذا ظهر له ان الوعد الذى التزم به تجاه المشترى غير مشروع ومخالف للاداب ، لان المبيع ملك للغير . اما بعد التسليم فان البائع يعوض عن خطئه غير العمدى الذى صدر منه ،

---

(1) V.MM. Andry et Rau, 4eme édition, I.4, texte N° I, note 4 . P.27I.

اشار اليه د وفولفي - المرجع السابق - ف 83 - ص 82 و 83 .
وراجع لوليجوا - المرجع السابق - ص 16 وما بعدها .

(2) V.M.Duvergier (t.I, N° 220)

اشار اليه د وقولفي - المرجع السابق - ف 78 - ص 73 و74 .

وافضل تعويض مناسب له في هذه الحالة هو تمكينه من طلب ابطال البيع واسترداد المبيع من المشترى الذى تملكه بغير حق على حساب المالك .

والحقيقة ان هذا الراى لا يستقيم الا مع التسليم بأن بيع ملك الغير باطل بطلانا مطلقا ،وفعلا فان هذا الراى يعتبره كذلك .

__الراى الثالث :__ تطبيق القواعد العامة في الغلط .

ويذهب اخرون (1) الى ان البائع حسن النية الحق في طلب ابطال البيع ،على اساس القواعد العامة في الغلط ،اذا كان البائع قد وقع في غلط جوهرى ،اى كان هو الدافع الى التعاقد ،اذ لولاه لما ابرم هذا البيع . اذ طبقا للقواعد العامة يجوز لكل شخص انبنى تعاقده على غلط جوهرى ،ان يطلب ابطال العقد ،والبائع الحسن النية وقع في غلط جوهرى ،اذ كان يعتقد ان المبيع مملوك له ،فيحق له طلب ابطال البيع للغلط ،طبقا للقواعد العامة ،لا طبقا لاحكام بيع ملك الغير ،هذا من جهة ومن جهة اخرى ،ان المشرع لم يستبعد تطبيق القواعد العامة الا بالنسبة للمشترى ،اما البائع فلا .

وقد اعترض على هذا الراى ،بالقول ،بأن الاعتراف للبائع بحق طلب ابطال البيع يتعارض مع نص المادة 468 مدني مصرى (المقابلة للمادة 399 مدني جزائرى) ،التي تخول للمشترى وحده الحق في طلب ابطال

---

(1) راجع .د . احمد نجيب الهلالي وحامد زكي ـ المرجع السابق ـ ف 185 ـ ص 174 .
و .د . عبد المنعم البدراوى ـ المرجع السابق ـ ف 82 ـ ص 387 .
و .د . سمير عبد السيد تناغو ـ المرجع السابق ـ ف92 ـ ص386 وما بعدها .
و .د . محمد لبيب شنب ومجدى صبحي خليل ـ المرجع السابق ـ ف 51 ـ ص 83 .
و .د . انور سلطان ـ المرجع السابق ـ ف 406 ـ ص 407 و 408 .

./.

البيــع ،ولا محــل للـرجـوع الـى القواعــد العامـة فـي الغلــط ،لاعطـاء البائـع حســن النيــة حـق طلــب ابـطـال البيـــع مـع وجـود نـص خـاص مخالـف للقواعــد العامــة (1) .

امـا المالــك الحقيقـي ،فليـس لـه الحــق فـي طلـب ابطـال البيـع لا نـــه طــرف اجنبـي عــن العقـد ،والعقـد ،طبقـا للقواعـد العامـة ،لا يلـزم ســوى طـرفيـه ،بالاضافـة الـى ان هــذا البيــع لا ينفـذ فـي حقـه ،وانمــا لـه ان يرجع عـلى المشتـرى بـدعوى الاستحقـاق ،اذا كـان هـذا الاخيـر قـد تسلم المبيع ويـرجـع على البـائـع بالتعـويـض،اذا تملـك المشتـرى المبيـع بالحيـازة في المنقول وبالتقادم فـي العقـار -عـلى التفصيـل الـذى سوف اورده في حينـه -.

امـا طبقـا لفقـه الشريعـة الاسـلاميـة ،فليـس للمشتـرى طلب ابـطـال البيع وانمـا لـه ان يطالــب بفسخـه تحـرزا مـن لـزوم العقـد فـي جانبـه ،كما للبائع طلـب فسـخ البيـع حتـى يتخلـص مـن احكـام المسـؤوليـة العقـديـة التي سوف تستقـر فـي جـانبـه ،اذا اجـاز المالـك الحقيقـي البيــع ،اذ يـصبـح البائــع بعــد اجـازة المالـك وكيـلا طـزمـا بحقــوق العقـد التبعيـة ،فيطالـب بالتسليم ويخـاصـم بالعيـب ،وفـي ذلـك ضـرر بـه ،فلـه دفعـه عـن نفسـه قبـل ثبـوتـه ، امـا المالـك الحقيقـي فلـه اجـازة هـذا البيـع فينفـذ فـي حقـه ،ولـه رده فيسقط البيــع (2) .

انتهــي الـى ان القـانـون المدنـي الجـزائـرى ،وكـذلـك القانــون المدني المصرى قـررا الابطـال لصالــح المشتـرى (م 397 / 1 مدنـي جـزائـرى ،م 466 / 1 مدني مصرى)

---

(1) راجع .د . خميس خضرة - المرجع السابق -ف 173 -ص 273 .
وراجع بلانيول وريبير وهامل - المرجع السابق -ف 48 -ص 50 .
(2) راجع ابن عابدين - المرجع السابق -ص 116 .

./.

ولكنهمـا لـم يحرمـانـه عـلى البـائـع بصريـح العبـارة ،كما فصل المشرع اللبناني ، الـذى نص في المـادة 385 موجبـات على ما يلي :" لا يجـوز للبائـع ان يـدعـي ببطـلان العقد في بيـع ملـك الغير" . وقد انتقـد هـذا النص من حيث انـه مـا دام البطـلان المقـرر في بيع ملـك الغيـر في الموجبـات والعقـود ،هـو بطلانا نسبيـا ،وهـو مقرر لصالـح المشتـرى لذلـك لا داعي للنص على حرمان البـائـع من التمسـك بـه (1) . وسكـوت كـل من المشـرع الجـزائـرى ،والمصرى ، لا يمكـن ان يفسـر الا بانهمـا تركـا هـذه المسالـة لحكم القواعـد العامـة ،والقواعد العامـة التي اتجهـت نيتهمـا اليهـا ،ليسـت قواعـد الغلـط ،كمـا فسـر ذلـك بعض الشـراح ،وانمـا اتجهـت الى تطبيـق نـص المادة 99 مدنـي جـزائـرى والمـادة 138 مدنـي مصـرى اللتـان تحرمـان عـلى احـد المتعـاقديـن طلب ابطال البيـع اذا كـان القانـون قد جعلـه للطـرف الاخـر . وفـي بيـع ملك الغيـر ، خـول المشـرع للمشتـرى ،وهـو احـد طرفـي العقـد ،الحق في طلب ابطـال البيع ومن ثـم لا يجـوز للبـائـع ،وهـو الطـرف الثانـي فـي العقـد ،ان يطالـب بـه ، حتـى لـو كـان حسـن النيـة ،لان حسـن نيتـه لا يـزيـل عنـه الاهمـال والتقصيـر فـي تكويـن اعتقـاد خـاطـئ عن حقيقـة المبيـع ،وتسرعـه فـي ابـرام البيـع ، فهـو اذن مخطـئ ،امـا عـن قصـد او عـن اهمـال ،وبالتالـي لا يستفيـد مـن خطئـه ،باعطـائه حق طلـب ابطـال البيـع . وللمشتـرى طلب ابطال البيع ،ولو كـان حـائـزا للمبيـع ،ولـو لـم يحصـل لـه اى تعرض ،طالمـا انـه تيقـن من عدم ملكيـة البـائـع للمبيـع ولـو لـم يصبـه من هـذا البيـع اى ضـرر ،وسـواء كـان المبيـع منقـولا او عقـارا ،غيـر انـه فـي بيـع العقـار يجـب ان يتمسـك بـه قبـل شهـر البيـع ،لان

---

(1) راجع .د . توفيـق حسن فرج - المرجع السابـق - ص 118 - هامش رقم 1 .

الشهر طبقا لنظام السجل العيني الذى يأخذ به المشرع الجزائرى ، ينقل الملكية الى المشترى مطهرة من كل عيب شاب العقد ،على الرغم من قابلية العقد للابطال . وللمشترى الحق في طلب ابطال البيع اما عن طريق دعوى اصلية يرفعها على البائع،اذا كان قد دفع له الثمن ثم اتضح له ان البائع غير مالك ،فيرفع دعوى مطالبا بطلان البيع ، واسترداد الثمن ما دام انه دفع لشخص لا يستحقه ،او اراد منع من مطالبته بالثمن اذا لم يقم بدفعه بعد . او عن طريق الدفع اذا كان البائع قد رفع عليه دعوى اصلية يطالبه بالثمن واستلام المبيع تنفيذا للعقد فيدفع المشترى دعوى البائع بأن المبيع غير مملوك له (1) .

واذا رفع المشترى دعوى ابطال البيع ، حكم له القاضي بالابطال ولو اقر المالك الحقيقي البيع، او اصبح البائع مالكا بعد رفعه الدعوى ولو قبل صدور الحكم بالابطال ،لان القاضي ينظر في الدعوى ،بالحالة التي كانت عليها يوم رفعها ، واثناء رفع الدعوى لم يقر المالك الحقيقي البيع ، ولم يصبح البائع مالكا بعد (2) . وليس في استطاعة القاضي رفض دعوى الابطال التي يرفعها المشترى ، قبل اقرار المالك الحقيقي البيع ، او صيرورة البائع مالكا ،الا على اساس المبدأ القاضي بتحريم التعسف في استعمال حق الابطال اذا تبين له ان المشترى لم تعد له اية

---

(1) راجع . احمد نجيب الهلالي وحامد زكي ـ المرجع السابق ـ ف 184 ـ ص 173 .
وراجع بلانيول وريبير وهامل ـ المرجع السابق ـ ف 48 ـ ص 51
V. Juris classeur . I976. P. I7.

(2) راجع .د . عبد الرزاق احمد السنهورى ـ المرجع السابق ـ جـ4 ـ ف 161 ـ ص289
ويكتفي بعض الشراح في الحكم بابطال البيع بمجرد اعلان المشترى ارادته في طلب ابطال البيع ، باى شكل كان ولو لم يرفع الامر الى القضاء من هؤلاء الفقهاء .د . محمد كامل مرسي ـ عقد البيع والمقايضة ـ س1953 ـ ف234 ـ ص446 . وبلانيول وريبير وهامل ـ المرجع السابق ـ ف 50 ـ ص 54 .
./ .

مصلحة في التمسك بالابطال (1) ، استنادا على المادة 85 مدني جزائرى المقابلة للمادة 124 مدني مصرى ، والتي تنص على انه : " ليس لمن وقع في غلط ان يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية . ويبقى بالاخص ملزما بالعقد الذى قصد ابرامه اذا اظهر الطرف الاخر استعداده لتنفيذ هذا العقد " .

المطلب الثاني : اثر الحكم بالبطلان - التعويض -

طبقا للقواعد العامة ، اذا حكم بابطال البيع ، وجب اعادة المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليهما قبل التعاقد اذ تنص المادة 103 / 1 مدني جزائرى : " يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد او ابطاله . فان كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل " فيلتزم البائع طبقا لهذه المادة برد الثمن ، ويلتزم المشترى برد المبيع ، اذا كان قد تسلمه ، فاذا استحال عليهما ذلك التزما بالتعويض . ولما كان بيع ملك الغير يلحق ضررا بالمشترى فان المشرع منحه حق المطالبة بالتعويض من البائع .

والكلام عن مسألة التعويض ، يقتضي التطرق اولا لشروطه وثانيا لمصدره ، وثالثا لتقديره .

اولا - شروط التعويض :

يشترط لحصول المشترى على التعويض من البائع ، شرطان نص عليهما المشرع الجزائرى في المادة 399 مدني وهما :

---

(1) راجع . د . عبد الرزاق احمد السنهورى - المرجع السابق - ص 289 - هامش رقم 1

1- الحكم بابطال البيع :

يشترط للحكم بالتعويض للمشترى ،ان يكون قد حكم له بابطال البيع فاذا لم يحكم له بابطال البيع ،بسبب يرجع اليه ،كأن لم يطالب به ، او بسبب خارج عن ارادته ،كأن يكون حق الابطال سقط بالتقادم ،فلا يحق له في هذه الحالة المطالبة بالتعويض .

2 - ان يكون المشترى حسن النية :

يشترط لحصول المشترى على التعويض بالاضافة الى توافر الشرط الاول ،ان يكون المشترى حسن النية وقت انعقاد العقد ،اى ان يكون جاهلا في هذا الوقت ملكية المبيع للغير ،فاذا كان سيء النية بأن كان يعلم ملكية المبيع للغير ،فلا يستحق تعويضا ، ولو حكم له بابطال البيع ذلك انه كان يعلم بما يمكن ان يرتبه هذا البيع من نتائج ورغم ذلك رضي به ،فيتحمل نتائجه ،فلا يحكم له بالتعويض ويعتبر المشترى حسن النية ولو كان في استطاعته بشيء من البحث والتحرى ،الوصول الى معرفة ان المبيع ملك لغير البائع ،اى ان عدم معرفته بأن المبيع ملك لغير البائع كان نتيجة لاهمال منه (1) . ذلك ان موقف المشترى موقف سلبي ،فلا يطلب منه القيام بهذه التحريات بل الملزم بها هو البائع ،لان موقفه موقف ايجابي ،فيتحتم عليه البحث والتحرى عن المبيع ،فيما اذا كان هو المالك ام غيره هو المالك ،قبل الاقدام على بيعه .

---

(1) راجع . بلانيول وريبير وهامل - المرجع السابق - ف 49 - ص 52 .
وانظر . نقض مدني فرنسي في 8 مايو 1872 . دالوز - القسم 1 - ص 143 .

ويضيف المشرع اللبناني الى هذين الشرطين، شرطا ثالثا، وهو سوء نية البائع (المادة 385 موجبات) . كما اشترط بعض شراح القانون المدني المصرى القديم هذا الشرط في شرحهم للمادة 334/265 (1) التي اقتصرت على ذكر حسن نية المشترى لحصوله على التعويض دون الاشارة الى حسن او سوء نية البائع، ففسروا ذلك بأن حصول المشترى على التعويض مقرون بحسن نيته، وسوء نية البائع (2)، غير ان القانون المدني المصرى الجديد نص صراحة في المادة 468 على حصول المشترى الحسن النية على التعويض، ولو كان البائع حسن النية، وهذا ما قضت به المادة 399 مدني جزائرى . والى هذا ذهبت محكمة النقض المصرية في حكم حديث لها في 1964/6/11 وهي بصدد تفسير المادة 468 مدني مصرى (3) . وكذلك شراح هذا القانون، لان البائع ولو كان حسن النية، فانه تسبب بتقصيره في الحاق الضرر بالمشترى فعليه اصلاحه .

ويرى بعض الشراح (4) ان للمشترى سيء النية الحق في الحصول على التعويض اذا كان قد اتفق على ذلك في العقد، ويأخذ هذا الاتفاق حكم شرط التشديد في احكام الضمان، غير انني لا ارى ان هذا القول يتفق مع المادة 468 مدني مصرى (المادة 399 مدني جزائرى، لانها صريحة في ان حصول المشترى على التعويض مقرون بحسن نيته،

---

(1) ونص هذه المادة : " اذا باع احد شيئا على انه مملوك له ثم تبين بعد انعقاد البيع عدم ملكيته للمبيع، جاز للمشترى ان يطلب منه تضمينات، اذا كان معتقدا وقت البيع صحة ملكية البائع" .

(2) راجع . احمد نجيب الهلالي وحامد زكي ـ المرجع السابق ـ ف 186 ـ ص 176 .

(3) راجع مجموعة احكام محكمة النقض للمواد المدنية، يناير 1961 - 1966 - ف 472 ص 283 .

(4) راجع . جلال العدوى وانور سلطان ـ المرجع السابق ـ ف 256 ـ ص 177 .

./.

اما اذا كان سيء النية، فلا يجوز له المطالبة بالتعويض، لا قانونا ولا اتفاقا، اذ المشترى يعلم بأنه يشترى شيئا من غير مالك، فيكون قد ارتكب غشا يعاقب عليه، وجزاؤه حسب ما جاء في المادة 468 مدني مصرى، م 399 مدني جزائرى، هو حرمانه من التعويض، اذ ليس لاحد ان يستفيد من غشه .

<u>ثانيا</u> - مصدر التعويض .

لقد سلم جميع الفقهاء بمبدأ التعويض للمشترى حسن النية، ولكنهم اختلفوا في مصدر التعويض، هل هو العقد ؟ ام المسؤولية التقصيرية، وانقسموا الى فريقين، احدهما جعل مصدر التعويض في بيع ملك الغير العقد، وجعله الثاني المسؤولية التقصيرية، واوضح كلا الرايين فيما يلي :

اخذ بعض شراح القانون المدني الفرنسي (1)، بنظرية الخطأ في تكوين العقد، فقالوا بأن اساس تعويض المشترى في بيع ملك الغير، استنادا الى المادة 1599، هو العقد ذاته، ذلك ان هذه المادة تقضي بالتعويض للمشترى حسن النية، دون ان تفرق في الحكم بين ما اذا كان البائع حسن النية، ام سيء النية، بالاضافة الى ان هذه المادة تنسب التعويض الى العقد ذاته (2) . فحينئذ تكون مسؤولية البائع عقدية، لا تقصيرية، لان المسؤولية التقصيرية تشترط ثبوت التقصير، والمادة 1599 لا تشترط ذلك

---

(1) راجع الاخوة مازو - دروس في القانون المدني - ج 3 - ص 693 .
وراجع . سالي - الالتزامات في القانون الالماني - ف 161 - اشار اليه .د . عبد الرزاق احمد السنهورى - الوسيط - ج 1 - س 1952 - ف 310 - ص 509 .
وراجع .د . محمد حسنين - المرجع السابق -

(2) "elle (la vente) peu donner des dommages-intérêts"

اذ البائع ملتزم بالتعويض، ولو كان حسن النية" ونظرية الخطأ في تكوين العقد، جاء بها الفقيه الالماني "اهرنج" حينما وجد القانون الروماني، الذى كان مطبقا حينئذ في المانيا، لا يرتب عن كل خطأ مسؤولية مدنية، اذ يشترط طبقا لقانون اكليا توافر شروط معينة للحكم بالتعويض، لذلك رجع الى نصوص اخرى في القانون الروماني، تقضي برجوع احد المتعاقدين على الاخر في العقد، بدعوى العقد ذاته، فاستخلص من ذلك ان العقد رغم بطلانه ينشيء التزاما بالتعويض، لا كواقعة مادية، وانما كعقد، ومن ثم رسم مبدأ عاما يقضي فيه، بأن كل متعاقد تسبب ولو عن حسن نية، في ايجاد مظهر تعاقدى اطمأن اليه المتعاقد الاخر، بالرغم من بطلان العقد الذى قام عليه هذا المظهر، يلتزم بمقتضى العقد الباطل، بتعويض المتعاقد الاخر عما اصابه من ضرر، بسبب اطمئنانه الى العقد، بحيث يرجع الى الحالة التي كان يصير اليها لو لم يتعاقد، اى بعوض عن مصلحته السلبية، لان المتعاقد ملتزم ببذل كل عناية لازمة لضمان انعقاد العقد وصحته ابتداء من اللحظة التي يدخل فيها دائرة التعاقد مع الطرف الاخر، اى حتى قبل تمام العقد . . . واذا كان كل من الطرفين يضمن للاخر بعد انعقاد العقد بتنفيذ ما وعد به، اى يضمن له مصلحته الايجابية في تنفيذ العقد، فهو كذلك يضمن له مصلحته السلبية في تعويضه، اذا تبين ان العقد باطل بسبب كائن في شخصه، وكان المفروض ان يتحقق هو منه لا خصمه" (1) .

---

(1) راجع د . عبد الرزاق احمد السنهورى - المرجع السابق - ج 1 - ف 309 - ص505 وما بعدها . وقد تولى الدكتور حلمي بهجت بدوى شرح النظرية شرحا وافيا في مقاله" اثار التصرفات الباطلة" . مجلة القانون والاقتصاد - س 3، العدد 3 -1933 . ف 27 و 33 - ص 388 وما بعدها .

غير ان غالبية الفقه ، لم تر ارجاع اساس تعويض المشترى في بيع ملك الغير للعقد ، ولا حتى الاخذ بنظرية اهرنج ، لان العقد في بيع ملك الغير . قد ابطل ، وبعد ابطاله ، يصبح كأن لم يكن ، ولما كان الامر كذلك ، فان استحقاق المشترى التعويض لا يكون الا على اساس المسؤولية التقصيرية ، لان في هذه الاخيرة يسأل المخطئ ولو كان حسن النية ، والبائع في بيع ملك الغير ملتزم بالتعويض سواء كان عالما بعدم ملكيته للمبيع ، ام كان جاهلا ذلك اذ انه ارتكب خطأ في الحالتين ، فاذا كان سيء النية ، اعتبر خطؤه مقصودا ، وقد يكون جريمة الاحتيال ، اذا توافرت شروطها ، اما اذا كان حسن النية فخطؤه يكون غير مقصود اى يكون قد اهمل في التحرى والتثبت من ملكيته للمبيع قبل اقدامه على البيع ، ولا فرق بين البائع حسن النية والبائع سيء النية الا من حيث مدى التعويض ، وقد انتقد هذا الراى من حيث انه لقيام المسؤولية التقصيرية ، يشترط حدوث تقصير من البائع ، والخطأ التقصيرى لا يمكن ان ينسب للبائع حسن النية ، ولا ينبغي ان يقال ان بيع الشخص مال غيره يعتبر خطأ تقصيريا يوجب التعويض(1) .

اما البعض الاخر من الفقهاء (2) ، فقد فرقوا بين البائع حسن النية والبائع سيء النية من حيث مصدر التعويض ، فجعلوا اساسه الخطأ التقصيرى حالة ما اذا كان البائع سيء النية ، ونظرية الخطأ في تكوين العقد ، اذا كان حسن النية ، غير انهم لا يعتبرون العقد

---

(1) راجع . د . محمد حسنين - المرجع السابق - ص 15 .

(2) راجع . د . عبد الرزاق احمد السنهورى - ج 4 - المرجع السابق - ف 162 - ص 292 و 293 .

ذاته، بعد ابطاله، مصدر اللتعويض، لان العقد قد زال بالابطال وانما يجيزون القول بتحول العقد، اذ يتحول بيع ملك الغير بعد الحكم بابطاله، الى عقد صحيح غير مسمى ينشئ التزاما في ذمة البائع بتعويض المشترى عن عدم انتقال ملكية المبيع اليه .

واخلص الى ان المسؤولية في القانون المدني الجزائرى، اما ان تكون مسؤولية عقدية، واما مسؤولية تقصيرية، ولا شيء غير ذلك .فالمسؤولية التقصيرية، خصص لها المشرع الجزائرى الفصل الثالث من الباب الاول، المتعلق بمصادر الالتزام، ولقيام هذه المسؤولية يشترط توافر اركان ثلاث وهي الخطأ، والضرر، وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر كما نص على المسؤولية اللاخطئية، اى على اساس تحمل التبعة وذلك في المادة 2/125 (1)، التي نصت على مسؤولية عديم التمييز عند عدم وجود من هو مسؤول عنه، او وجد ولكن تعذر الحصول على تعويض منه، ففي هذه الحالة فقط يسأل عديم التمييز، لا على اساس الخطا، لانه لا ينسب الخطأ لعديم التمييز، وانما على اساس تحمل التبعة . اما المسؤولية العقدية، فقد خصص لها المشرع القسم الرابع من الفصل الثاني من نفس الباب، ولقيام هذه المسؤولية يجب ان يكون هناك اخلال بالتزام ناشيء عن عقد صحيح، اى العقد قائم وصحيح ويتخلف احد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه (م119 مدني جزائرى) . ومن شروط الحكم بالتعويض في بيع ملك الغير، ان يحكم بابطال البيع، فاذا

---

(1) ونص هذه الفقرة :" غير انه اذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه، او تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي ان يحكم على من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيا في ذلك مركز الخصوم" .

لم يحكم بابطال البيع فليس هناك تعويض. واذا ابطل العقد حكم للمشترى بالتعويض اذا كان حسن النية، واساس التعويض هنا ليس العقد لان العقد قد ابطل، وانما اساس التعويض المسؤولية التقصيرية، واذا كان المشرع الجزائرى قد الزم البائع بالتعويض سواء كان حسن النية ام سيء النية، فليس معنى ذلك ان مسؤولية البائع لا خطئية يسأل دون ان يفحص سلوكه، ومقارنته بسلوك الشخص المعتاد، اى فيما اذا كان مخطئا ام غير مخطىء، بل اساس مسؤوليتة في هذه الحالة هو تقصيره، وليس سوء نيته، اذ حسن نية البائع لا تنفي عنه التقصير والاهمال، فقد يكون جاهلا فعلا بأن المبيع مملوك للغير، ولكن جهله هذا كان نتيجة اهماله وتقصيره في البحث والتحرى عن حقيقة المبيع، فيما اذا كان ملكا له ام ملكا لغيره، وقد يعتقد اعتقادا مبنيا على اسباب جدية، بأنه المالك للمبيع، بحيث يكون سلوكه متفقا ومطابقا لسلوك الشخص العادى، يوجد في مثل ظروفه فلا ينسب اليه اى خطأ، فلا يلزم بالتعويض، وهذه حالة استثنائية، ويبقى البائع ملزما بمعرفة حقيقة المبيع قبل الاقدام على بيعه لان هذا هو السلوك الذى يتفق مع سلوك الرجل العادى، ولهذا صرح المشرع بمسؤولية البائع عن التعويض. اما اذا كان البائع سيء النية، فبالاضافة الى مسؤولية البائع المدنية فقد تقوم مسؤوليته الجنائية اذا توافرت اركانها، اذا لجأ مثلا الى طرق احتيالية لاهام المشترى بأنه هو المالك (1) .

---

(1) راجع د. محمد لبيب شنب و د. مجدى صبحي خليل - المرجع السابق - ف53 ص 88 - 89 .

وراجع حكم لمحكمة النقض المصرية الصادر في 19 نوفمبر 1931، مجلة القانون والاقتصاد، لملحق 3 - ص 3 . اشار اليه د. احمد نجيب الهلالي وحامد زكي - المرجع السابق - هامش رقم 1 - ص 177 .

وفي الشريعة الاسلامية ،لم يتكلم فقهاؤها صراحة على مسؤولية الفضولي السيء النية ،تجاه المشترى حسن النية ،بتعويض الضرر الذى لحقه ،ولكن طبقا لقواعد المسؤولية عن الضرر والتسبب فيه يقتضي التعويض(1) .

ثالثا - تقدير التعويض :

ذهب بعض الفقهاء (2) الى ان تقدير التعويض،في بيع ملك الغير، يقدر كما في حالة ضمان الاستحقاق ،لان ابطال بيع ملك الغير صورة من الضمان . واذا كان بيع ملك الغير ذا صلة وثيقة بضمان الاستحقاق اذا كان الاستحقاق كليا ،اذ يتضح في هذه الحالة ان البائع باع شيئا يملكه اخر،واذا كانت احكام الضمان مكملة لاحكام بيع ملك الغير، اذ في حالة استحقاق المبيع في يد المشترى ،فان لهذا الاخير الاختيار بين ثلاث دعاوى : دعوى الفسخ ،او دعوى الضمان ،او دعوى الابطال ،وليس له ان يجمع بينها . فان استحقاق المبيع كليا لا يمثل دائما بيعا لملك الغير ،كما اذا باع شخص المبيع مرتين ،وعاد المشترى الاول على البائع بالضمان ،فالبائع قد باع له ما يملكه ،ولو كان استحقاق المشترى للمبيع كليا ،بالاضافة الى ان دعوى الابطال تختلف عن دعوى الضمان اختلافا جوهريا من حيث الاساس الفني ،لان دعوى الضمان مستمدة من العقد ذاته ،اذ يطالب المشترى فيها بالتنفيذ العيني اولا ،فاذا تعذر ذلك على البائع ،بسبب استحقاق المبيع،

---

(1) راجع .د . مصطفى احمد الزرقاء - المرجع السابق - ف 26 - ص 254 و 255 .

(2) راجع .د . توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ف 79 - ص 125 و 126 .
وراجع بلانيول وريبير وبولانجيه - المرجع السابق - ف 49 - ص 53 .

التزم بتنفيذ العقد بمقابل بطريق التعويض، والتنفيذ بطريق التعويض ليس الا تنفيذا للعقد (1) . اما دعوى التعويض التي يرفعها المشترى على البائع، في بيع ملك الغير، فمشروطة بابطال البيع، اذ لا يجوز للمشترى رفع دعوى التعويض، الا اذا حكم له بابطال العقد، وعليه فحصول المشترى على التعويض، ليس اساسه العقد، لان العقد قد زال بابطاله، وانما اساسه الخطأ التقصيري، كما سبق القول .

ولذلك فان تقدير التعويض لا يكون على اساس الاحكام الواردة في باب الاستحقاق، بل على اساس القواعد العامة، وبرجوعنا اليها نجدها تقرر تعويضا كاملا للمشترى، وهذا التعويض يشمل ما لحق المشترى من خسارة وما فاته من كسب، المادة 182 مدني جزائري، وتقدير التعويض، او الخسارة والربح، مسألة موضوعية يرجع فيها لتقدير القاضي .

*

******

المبحث الثاني

زوال قابلية بيع ملك الغير للابطال

بيع ملك الغير - كما سبق القول - عقد قابل للابطال لمصلحة المشترى وحده، غير ان حق المشترى في التمسك بالابطال، يسقط بتحقق اسباب معينة، واذا سقط حقه في طلب ابطال البيع، صار

---

(1) راجع د . توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ف 191 - ص332 و 333 .

البيع صحيحا في مواجهته ،غير نافذ في مواجهة المالك ،الا بعد اقراره
واسباب زوال او سقوط حق المشترى في طلب الابطال هي : سقوط
دعوى الابطال ،اكتساب المشترى المبيع بوضع اليد ،اجازة المشترى
البيع ،صيرورة البائع مالكا ،واخيرا اقرار المالك البيع ،ولما كان اقرار
المالك الحقيقي البيع يرتب اثارا بالنسبة للمالك ،فانني ارجىء الكلام
عن هذا السبب للفصل الثاني من هذا الباب .

المطلب الاول : سقوط حق المشترى في رفع دعوى الابطال .

يسقط حق المشترى في رفع دعوى الابطال ،بمضي مدة معينة
الا ان المشرع الجزائرى ،ومن قبله كل من المشرع الفرنسي ،والمصرى
لم يحدد مدتها ،ولا تاريخ بدء سريانها ،لا في القواعد العامة
ولا في احكام بيع ملك الغير ،مما جعل الشراح يختلفون ايضا في
شأنها ويرجعون في ذلك للقواعد العامة .

وابدأ اولا بشراح القانون المدني الفرنسي ،اذ راى بعضهم (1) ان مدة
تقادم دعوى بطلان بيع ملك الغير ،طبقا للمادة 2262 مدني فرنسي
هي ثلاثون سنة ،على اساس ان بطلان بيع ملك الغير بطلان مطلق .
اما الفقهاء الذين اعتبروا بطلان بيع ملك الغير بطلانا نسبيا ،فراوا
ان دعوى الابطال طبقا للماة 1304 مدني فرنسي ،تتقادم بمضي خمس
سنوات ،ويبدأ سريان هذه المدة من اليوم الذى يعلم فيه المشترى
ان البائع لم يكن مالكا في الوقت المناسب للشيء المبيع (2) .

---

(1) راجع .دانيال دوقلوفي - المرجع السابق - ف 125 - ص 113 .
(2) راجع بلانيول وريبير وهامل - المرجع السابق - ف 48 - ص 51
وراجع نقض مدني فرنسي في 23 جانفي 1832 .سيرى .32-1-166 ،ويلاحظ ان هذه
المدة كانت عشر سنوات قبل تعديل المادة 1304 بقانون 3 جانفي 1968 .

./.

اما شراح القانون المدني المصرى، فقد اختلفوا ايضا في امدة تقادم دعوى ابطال بيع ملك الغير، ووقت بدء سريانها، فراى بعضهم[1] ان دعوى ابطال بيع ملك الغير، تسقط بمضي ثلاث سنوات من يوم التعاقد، اذا كان المشترى سيء النية، اى كان يعلم وقت ابرام العقد، ان البائع غير مالك للمبيع، اما اذا كان يجهل ان البائع غير مالك للمبيع يوم ابرام العقد، ثم علم بعد ذلك بعدم ملكيته له، فان حساب مدة ثلاث سنوات تبتدىء من وقت العلم. وبمضي خمس عشرة سنة من وقت التعاقد، اذا كان المشترى حسن النية، وهم في ذلك يقيسون تقادم دعوى ابطال بيع ملك الغير على تقادم دعوى الابطال الواردة في المادة 140 مدني مصرى، وهذه المادة تقابلها في القانون المدني الجزائرى، المادة 101، التي جعلت مدة التقادم عشر سنوات، بدل من خمس سنوات، اما فيما عدا هذا فالمادتان متطابقتان اذ نصت المادة 101 على ما يلي: "يسقط الحق في ابطال العقد اذا لم يتمسك به صاحبه خلال عشر سنوات. ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الاهلية من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب وفي حالة الغلط او التدليس من اليوم الذى يكشف فيه، وفي حالة الاكراه، من يوم انقطاعه. غير انه لا يجوز التمسك بحق الابطال لغلط او تدليس او اكراه اذا انقضت خمسة عشر سنة من وقت تمام العقد".

---

(1) راجع د. جلال العدوى وانور سلطان - المرجع السابق - ف 255 - ص 195.
وراجع د. محمد لبيب شنب، و د. مجدى صبحي خليل - المرجع السابق - ف 92 - ص 86.
وراجع د. عبد الرزاق احمد السنهورى - المرجع السابق - البيع - ج 4 - ف 161 - ص 289 و 290.
وراجع د. سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق - ف 92 - ص 387.

./.

اما البعض الاخر من الشراح (1) فانهم جعلوا مدة تقادم دعوى ابطال بيع ملك الغير ثلاث سنوات تسرى من وقت علم المشترى بأن البائع غير مالك للمبيع ،غير انهم لم يجيزوا له التمسك بالابطال اذا انقضت خمس سنوات من وقت تمام العقد .

اما اخرون (2) فقد رفضوا تماما الاخذ بالتقادم القصير ،اى ثلاث سنوات ،بالنسبة لدعوى ابطال بيع ملك الغير ،على اساس ان المادة 140 السالفة الذكر حددت تاريخ بدأ سريان مدة تقادم دعوى الابطال في اربع حالات فقط هي : تاريخ كشف الغلط ،او التدليس او انقطاع الاكراه ،او زوال نقص الاهلية ،وليس بين هذه الحالات تقادم دعوى ابطال بيع ملك الغير ،وعليه فان مدة تقادم هذه الدعوى يكون خمس عشرة سنة ،تبدأ من يوم ابرام العقد ،وتأييدا لهذا الراى الاخير ،اضيف ان المشرع المصرى ،وكذلك الجزائرى لم يفرقا بين المشترى حسن النية والمشترى سيء النية ،فقد اجازا للمشترى التمسك بابطال العقد في الحالتين ،فتكون مدة تقادم دعوى الابطال واحدة في الحالتين وهي مدة خمس عشرة سنة تبدأ من يوم ابرام العقد .

<u>المطلب الثاني</u> : اجازة المشترى البيع .

خول المشرع للمشترى في بيع ملك الغير ،حق اجازة هذا البيع وذلك في المادة 2/397 مدني جزائرى والتي نصت على ما يلي : " وفي كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع ولو اجازه المشترى " .

---

(1) راجع .د . عبد المنعم البدراوى - المرجع السابق - ف 288 - ص 418 .
(2) راجع .د . توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ف 78 -ص 123 و 124 .
وراجع .د . سليمان مرقص - المرجع السابق - ف 292 - ص 532 .

./.

وهـذه الفقـرة تعتبـر تطبيقـا للقـواعـد العامـة ، التي تقضي بـأن من يملـك حـق الابطـال يملـك حـق اجـازته (م 100 مدنـي جزائري ، واذا اجاز المشتري البيـع ، امتنـع عليه الرجـوع فيـه ، ومـن ثـم يسقـط حـق المشتري فـي رفـع دعوى الابطـال ، ولكـي يترتـب على هـذه الاجـازة اثرهـا فـي تصحيـح البيـع يجب ان يكـون المشتـري عالمـا ، وقـت صدور الاجـازة منـه ، ان البائـع غيـر مالـك للمبيـع . واجـازة المشتري البيـع قبل تمكنـه مـن ملكيـة المبيـع ، ورغـم علمـه السابـق بملكيـة المبيـع لغيـر البائـع ، يعتبر دليلا علـى تنازلـه عـن مطالبـة البائـع بنقل الملكيـة اليـه مباشـرة ، فيصبـح العقـد منشئـا لمجـرد التزامـات ، بعـد ان كـان ناقـلا للملكيـة (1) . واذا كانت المـادة 2/397 السالفـة الذكر ، خولـت للمشتري حـق اجـازة البيع ، الا انهـا لـم تبيـن كيفيـة حصـول هـذه الاجـازة ، فنرجـع فـي شأنهـا للقـواعد العامة وبالتحديـد الـى نص المادة 100 مدنـي جزائري التي نصت على ما يلي :

" يـزول حـق ابطـال العقـد بالاجـازة الصريحـة او الضمنيـة وتستند الاجـازة الـى التاريـخ الـذى تـم فيـه العقـد ، دون اخلال بحقـوق الغيـر" . ويستخلص مـن هـذه المـادة ، ان الاجـازة قـد تكـون صريحـة باللفـظ الصريـح ، كعبـارة اجـزت البيـع ، او بـأى لفـظ اخـر يستفـاد منـه هـذا المعنى . وقـد تكـون الاجـازة ضمنيـة ، سـواء كـانـت اعمـال قانونيـة يجريهـا المشتـرى ، كتنفيـذه العقـد ، او تقريـره للغيـر حـق رهـن علـى المبيـع . او اعمـال ماديـة يقـوم بهـا يستفـاد منهـا تخليـه عـن المطالبـة بابطـال البيـع ، كان يبنـي منـزلا علـى الارض التـي اشتراهـا . وللاجـازة اثـر رجعـي ، اذ يعتبـر البيـع صحيحـا فيمـا بيـن المتعاقديـن من يـوم ابـرام العقـد ، وليس من يوم صـدور

---

(1) راجع د . احمد نجيب الهلالي وحامد زكي - المرجع السابق - ف 183 - ص 173 .

الاجازة من المشترى ،غير ان الاثر الرجعي للاجازة لا يكون الا فيما بين المتعاقدين ،اما بالنسبة للغير، الذى كسب حقا عينيا على الشيء المبيع ،فان هذه الاجازة لا تلحق به اى ضرر ،اذ ينتقل المبيع مثقلا بما عليه من حقوق . واذا كانت اجازة المشترى البيع تجعله صحيحا ،فيما بين المتعاقدين ،فليس لهذه الاجازة اى اثر بالنسبة للمالك الحقيقي ،فلا يسرى البيع في حقه ،وذلك بصريح نص المادة 397/2 مدني جزائرى ،رغم صحة العقد فيما بين المتعاقدين ،وترتيبه لكل اثاره فيما عدا نقل الملكية ،اذ بمقتضاه يلتزم البائع بنقل الملكية وتسليم المبيع ،وضمانه ،ويلتزم المشترى بدفع الثمن ،وتسلم المبيع . وتطبيقا للقواعد العامة ،المادة 119 فقرة اولى مدني جزائرى التي جاء فيها ما يلي :" في العقود الملزمة للجانبين ،اذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الاخر بعد اعذاره المدين ان يطالب بتنفيذ العقد او فسخه ،مع التعويض في الحالتين اذا اقتضى الحال ذلك" ان للمشترى الحق في طلب فسخ العقد ،بسبب عدم تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية - التي لا يمكن ان تتم الا برضاء المالك الحقيقي - ويكون هذا ،اذا كان قد اجاز البيع اذ يسقط حقه في طلب ابطاله ،ويبقى له الحق في طلب فسخ العقد لعدم تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية ،بالاضافة الى مطالبته بالتعويض ان كان له محل . كما يمكن للمشترى الرجوع على البائع بالضمان ،حالة تعرض المالك الحقيقي له ،وذلك تطبيقا للمادة 371 (1) مدني جزائرى ،ولكن

---

(1) وتنص هذه المادة على ما يلي :" يضمن البائع عدم التعرض للمشترى في الانتفاع بالمبيع كله او بعضه سواء كان التعرض من فعله او من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشترى . . .الخ" .

يشترط ان يحصل له تعرض فعلي من المالك، ولا يكفي مجرد علمه بملكية المبيع للغير، فاذا تعرض المالك الحقيقي للمشترى، بأن رفع عليه دعوى استحقاق، وثبت استحقاقه للمبيع، فان للمشترى الرجوع على البائع بالتعويض، على اساس المادة 375 مدني جزائرى، فيطالبه بقيمة المبيع وقت ان نزع منه، وبقيمة الثمار التي التزم بردها للمالك، وبالمصاريف النافعة التي يمكنه ان يرجع بها على المالك، وبالمصاريف الكمالية، اذا كان البائع سيء النية، وجميع مصاريف دعوى الضمان، ودعوى الاستحقاق وبوجه عام مطالبته بالتعويض عن كل ما لحقه من خسارة وما فاته من ربح .

وفي الشريعة الاسلامية، بيع الفضولي لا ينتج اى اثر قبل اجازته من المالك، فلا تنتقل ملكية المبيع الى المشترى، ويتوقف التزام المشترى بدفع الثمن، ولا يصبح هذا البيع منتجا لاثاره الا بعد اجازة المالك الحقيقي البيع، وقبل ذلك يحق للمشترى كما يحق للبائع فسخ العقد، اما الاجازة فلا يملكها سوى المالك الحقيقي وحده (1) .

المطلب الثالث : اكتساب المشترى ملكية المبيع .

اذا تملك المشترى المبيع بوضع اليد، سقط حقه في ابطال البيع، ويكتسب المشترى ملكية المنقول بالحيازة، وملكية العقار بالتقادم، واكتساب المشترى ملكية العقار بالتقادم، يكون في ظل التشريعات التي تتبع نظام الشهر الشخصي، اما في ظل التشريعات التي تتبع نظام الشهر العيني، فان المشترى لا يكتسب ملكية العقار بالتقادم . وقد اخذ المشرع الجزائرى بنظام الشهر العيني، الا ان تطبيقه لم يعم جميع البلديات، وانما اقتصر

---

(1) راجع ما تقدم - ص 102 . . . .

./.

تطبيقه على البلديات التي تمت فيها عملية مسح الاراضي ،اما في البلديات التي لم تتم فيها بعد هذه العملية ،فلا يزال نظام الشهر الشخصي مطبقا فيها كمرحلة انتقالية ،اي الى ان يتم مسح اراضيها ، فيتم تطبيق نظام الشهر العيني ،ولذلك فانني سأخصص الفقرة الثانية من هذا المطلب لاكتساب المشترى ملكية العقار بالتقادم، لان نظام الشهر الشخصي لا زال مطبقا في الجزائر ،على ان اخصص الفقرة الاولى منه لاكتساب المشترى ملكية المنقول بالحيازة .

أولا - اكتساب المشترى ملكية المنقول .

يكتسب مشترى ملك الغير ،ملكية المنقول بالحيازة ،تطبيقا للقاعدة التي تقول :" الحيازة في المنقول بحسن نية سند الملكية" ،وتنطبق هذه القاعدة متى توافرت شروطها ،ومتى توافرت هذه الشروط ،ترتبت نتائج معينة ،فما هي هذه الشروط؟ وما هي هذه النتائج ؟ هذا ما ابينه فيما يلي :

أ) شروط تطبيق القاعدة :

نصت المادة 835/1 على ما يلي :" من حاز بسند صحيح منقولا او حقا عينيا على منقول او سندا لحامله فانه يصبح مالكا اذا كان حسن النية وقت حيازته" . ويستخلص من هذه الفقرة ،انه يشترط لتطبيق هذه القاعدة ان يكون هناك سبب صحيح ،والمقصود بالسبب الصحيح ،هو التصرف الواقع من غير مالك ،وهذا الشرط متوافر فعلا في بيع ملك الغير ، لان المشترى اشترى من شخص غير مالك ،ولكن لا يشترط ان يكون سند البائع ،الذى استند اليه في تصرفه للمشترى صحيحا ،كما لا يشترط حسن نية البائع . كما يشترط لتطبيق هذه القاعدة ،ان يكون المبيع منقولا

وان يكون المشترى حسن النية واتولى فيما يلي شرح هذين الشرطين :

- الشرط الاول : ان يكون المبيع منقولا :

يشترط لتطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ،ان يكون المبيع منقولا ماديا ،والمقصود بالمنقول المادى كل شيء يمكن ان ينتقل من مكان الى اخر دون تغيير ،او تلف ،ومن ثم تخرج العقارات بطبيعتها والعقارات بالتخصيص(وهي منقولات تلحق بالعقار) الا اذا فصلت عنها ،فتعود الى طبيعتها قبل الحاقها بالعقار ،فتصبح منقولا . فاذا باع شخص غير مالك عقارا بالتخصيص منفصلا عن العقار بطبيعته ،فيمكن للمشترى تملكه عن طريق الحيازة . والمقصود بالحيازة هنا الحيازة الحقيقية الفعلية لا المرضية ،بأن تكون متوافرة على عنصريها المادى والمعنوى ،اى حيازة المشترى المنقول بنية تملكه ،وان يحوزه لحسابه لا لحساب غيره (1) .

- الشرط الثاني : ان يكون المشترى حسن النية :

ومفاد هذا الشرط ،ان يكون المشترى جاهلا ان المبيع غير مملوك للبائع ،اى انه كان يعتقد ان البائع هو المالك للمبيع ،ولم يعتره اى شك في ذلك ،فاى شك يعترى نفس المشترى في ان البائع قد يكون هو المالك ينفي حسن النية (2) . ويشترط حسن النية في المشترى وقت ان حاز المبيع ،لا وقت ان ابرم العقد ،وعليه اذا كان المشترى حسن النية وقت ابرام العقد ،ثم صار سيء النية عند بدء الحيازة فلا

---

(1) راجع .د . عبد الرزاق احمد السنهورى - الوسيط - ج 9 - س 1968 - ف 443 - ص 1133 - 1134 .

(2) راجع .د . عبد الرزاق احمد السنهورى - المرجع السابق - ج 9 - ف 445 - ص1139 .

./.

يعتبر حسن النية ، ولا يكتسب المبيع بالحيازة ، وللمالك الحقيقي استرداد المبيع منه ، واذا كان المشترى حسن النية ، وقت حيازته للمبيع فانه يكتسب المبيع ، ولو اصبح سيء النية بعد ذلك ، لانه لا يشترط استمرار حسن نيتة الى ما بعد حيازته للمبيع ، فاذا كان المشترى يجهل ان البائع غير مالك للمبيع ، وقت انتقال الحيازة اليه ، ثم علم بعد ذلك ان البائع غير مالك ، فان هذا العلم لن يوءثر في حقه الذى اكتسبه عن طريق الحيازة ، ولن يغير في حسن النية ، اذ يظل حسن النية رغم هذا العلم ، وحسن نية المشترى مفترض ، فيعتبر حسن النية الى ان يقوم الدليل على عكس ذلك (م 835 مدني جزائرى) والسبب في افتراض حسن نيته ، ان البائع كان حائزا للمبيع ، والملاحظ في اغلب الحالات ، ان الحائز هو المالك ، ولهذا 'حمى المشرع المشترى قبل حمايته المالك الحقيقي ، لان هذا الاخير ترك ماله يخرج من يده الى يد اخرى ، وعرض نفسه لخطر بيع ماله من شخص لاخر حسن النية (1) .

اما حيث يكون هذا المال مسروقا او ضائعا ، فان قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية لا تنطبق ، اذ طبقا للمادة 836 / 1 يجوز للمالك الحقيقي استرداد المنقول من الحائز ، اذ جاء فيها ما يلي : " يجوز لمالك المنقول او السند لحامله اذا فقده او سرق منه ان يسترده ممن يكون حائزا له بحسن النية ، وذلك في اجل ثلاث سنوات من وقت الضياع او السرقة " . ويخلص من هذه الفقرة انه اذا كان الشيء الضائع او المسروق قد وجد في حيازة من اشتراه بحسن نية ، فان للمالك الحق في استرداده من الحائز ، ولو كان المشترى حسن النية ، لان المشترى وان كان حسن النية ،

---

(1) راجع . د . سليمان مرقس - المرجع السابق - ف 154 - ص 276 و ف 155 - ص 277 .

./.

الا انــه لا يكتسـب المبيــع المفقـود او المسـروق ،لا ن المنقـول خـرج مـن يــد مـالكـه بغيـر اراد تــه ،لـذا فحمايتــه اولـى مـن حمـايــة المشتــرى حسـن النية . ولكـن عـلى المالـك ان يثبـت واقعـة الضيـاع او السرقـة ،اى ان مالـه قد خـرج مـن حيـازتـه بـاحـد هـذيـن الطريقيـن ،ولكـي يسـترد المالـك مالـه الضائـع او المسـروق مـن المشتـرى حسـن النيـة يشترط ان يرفـع دعـوى الاسـترداد فـي خـلال ثلاث سنـوات مـن يـوم الضيـاع او السرقـة ،فـاذا مرت ثلاث سنوات دون قيـام المـالـك بـرفـع دعـوى الاسـترداد عـلى المشتـرى ،فـان هـذا الاخيـر يتملك المبيـع ،حتـى ولـو لـم يكن المالـك يعلـم خلالهـا بضيـاع مالـه او سرقتـه (1). امـا اذا كـان المشتـرى حسـن النيـة قـد اشتـرى المنقـول مـن سـوق عـام ،او من مـزاد علنـي ،او مـن تـاجـر/فـي مثـل مـا اشتـراه فلـه اسـترداد الثمـن الـذى دفعـه من المالـك مقابـل تسليمـه المنقـول الـذى اشتـراه ولـه ان يمسكـه حتـى يـدفـع لـه المالـك الثمـن الـذى دفعـه هو للبـائـع ،ولكـن عليـه ان يثبـت انـه اشتـراه فـي ظـرف مـن هـذه الظـروف ،وفي هـذا تحقيـق مصلحـة كـل مـن المشتـرى حسـن النيـة ،والمـالـك ،لا ن الاول يسـترد الثمـن الـذى دفعـه للبائـع . والثـانـي يسـترد مـالـه ،ويرجـع عـلى المسـؤول بالثمـن الـذى دفعـه للمشتـرى ،كما يرجـع المشتـرى عـلى البـائـع بالضمـان .

امـا اذا كـان المشتـرى سيء النيـة ،يعلـم ان البـائـع غيـر مـالـك للمنقـول ،علم او لـم يعلـم بـأنـه مسـروق او ضـائـع ،فـان للمـالـك استـرداد مالـه عـن طـريـق دعـوى الاسـترداد ،ولا يكتسب المشتـرى المنقـول فـي هـذه الحـالـة ،الا عـن طـريـق التقادم المكسـب الطـويـل ،بـأن يبقـى حـائـزا لـه خمس عشـرة سنـة ،طبقـا للمادة 827مدني جـزائـرى . وتمسـك المشتـرى بـاكتسـابـه المنقـول عـن طـريـق الحيـازة ،هـو

---

(1) ويلاحظ ان مدة ثلاث سنوات ليست مدة تقادم مكسب او مسقط ،اذ ان دعوىالاستحقاق لا تسقط بالتقادم ،بل هي ميعاد سقوط ،ومن ثم تسرى هذه المادة على ناقصالاهلية دون ان توقف او تقطع ،ويبدأ سريانها من يوم السرقة او الضياع . راجع .د . عبد الرزاق احمد السنهورى ـ المرجع السابق ـ ف 458 ـ ص1165 و 1166 .

./.

حق له ،وليس بواجب عليه ،وعليه يمكنه التخلي عن هذا الحق ، اذا اقتنع بملكية المبيع للغير ،ولم تطاوعه نفسه في تملك المبيع عن هذا الطريق (1) .

ب) الاثار المترتبة على تطبيق القاعدة :

اما اذا اراد التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية اذا توافرت شروط انطباقها ،فانه يصبح مالكا للمبيع ،وسنده في ذلك ليس عقد البيع،لانه قابل للابطال ،وانما الحيازة المصحوبة بالسبب الصحيح والمقترنة بحسن النية ،وهذا هو الاثر المكسب للقاعدة . واذا كان المنقول الذى اكتسبه عن هذا الطريق مثقلا بتكاليف او قيود عينية كحق انتفاع مثلا ،فانه يتملكه مطهرا ،ذلك ان هذه التكاليف تسقط بالحيازة ،فيضيع على المالك وصاحب حق الانتفاع حقوقهما بالحيازة ، وهذا هو الاثر المسقط للقاعدة (2) .

ثانيا - اكتساب المشترى ملكية العقار بالتقادم .

اذا كان المبيع عقارا ،وبقي المشترى حائزا له مدة من الزمن ، اكتسبه عن طريق التقادم المكسب ،غير ان هذا القول لا يصدق الا في الدول التي تأخذ بنظام الشهر الشخصي ،لان التسجيل في هذا النظام ليست له حجية مطلقة ،كما هو عليه في نظام الشهر العيني ،والذى تأخذ به الجزائر ،فالشهر في ظل هذا النظام له اثر منشئ للحقوق العينية

---

(1) راجع .د . مصطفى احمد الزرقاء - المرجع السابق - ف 266 - ص 261 .
(2) راجع .د . عبد الرزاق احمد السنهورى - المرجع السابق - ف 447 - ص1143-1144 .

فاذا لم يتم الشهر ،فان الحق العيني لا ينشأ ،وليس لاحد ان يدعي حقا عينيا على عقار غير مشهر في السجل العيني ،ومن مميزات هذا النظام ،عدم سريان التقادم في مواجهة صاحب الحق المشهر ،وهذا هو مبدأ حظر التقادم ،حيث لا يعرف نظام السجل العيني مالكا او صاحبا للحق العيني خلاف المالك او صاحب الحق المقيد ،وعليه لا يمكن ادعاء بحق عيني غير مقيد في السجل العيني ،مهما طالت مدة حيازته (1).

وقد سبق ان مهدنا لهذا المطلب ،ان الجزائر لا زالت تأخذ بنظام الشهر الشخصي كمرحلة انتقالية لنظام الشهر العيني ،وذلك باتمام عملية مسح اراضي جميع بلديات القطر ،وما دام الامر كذلك ، فتصبح ضرورة الكلام عن مسألة اكتساب المشترى ملكية العقار بالتقادم واجبة . وبالرجوع الى المادتين 827 و 828 من القانون المدني الجزائرى نجدهما تفرقان بين المشترى حسن النية ،والمشترى سيء النية ،فالمادة 828 تكلمت عن الحائز حسن النية ،اذا استمرت حيازته للعقار مدة عشر سنوات دون انقطاع ،اكتسب العقار بالتقادم المكسب القصير . اما المادة 827 ،فقد تكلمت عن الحائز سيء النية ،اذا استمرت حيازته للعقار مدة خمس عشرة سنة ،دون انقطاع ،اكتسب العقار بالتقادم المكسب الطويل ولكن يشترط بالنسبة للتقادم المكسب القصير تسجيل السبب الصحيح اى العقد (2) . فاذا حاز المشترى العقار بحسن نية ،وكان قد تم تسجيل عقد البيع ،فانه يكتسبه ،اذا استمرت حيازته له مدة عشر سنوات دون انقطاع ،ويبدأ سريان هذه المدة من وقت التسجيل ،اما اذا كان

---

(1) راجع .د . ابراهيم ابو النجا - المرجع السابق -ف 19 -ص 46 و 47 ،و .ف 20- ص 48 و 49 .

(2) راجع .د . عبد الرزاق احمد السنهوري - المرجع السابق -ف 444 -ص 1138 و1139 .

./.

فاذا لم يتم الشهر ،فان الحق العيني لا ينشأ ،وليس لاحد ان يدعي حقا عينيا على عقار غير مشهر في السجل العيني ،ومن مميزات هذا النظام ،عدم سريان التقادم في مواجهة صاحب الحق المشهر ،وهذا هو مبدأ حظر التقادم ،حيث لا يعرف نظام السجل العيني مالكا او صاحبا للحق العيني خلاف المالك او صاحب الحق المقيد ،وعليه لا يمكن ادعاء بحق عيني غير مقيد في السجل العيني ،مهما طالت مدة حيازته (1).

وقد سبق ان مهدنا لهذا المطلب ،ان الجزائر لا زالت تأخذ بنظام الشهر الشخصي كمرحلة انتقالية لنظام الشهر العيني ،وذلك باتمام عطية مسح اراضي جميع بلديات القطر ،وما دام الامر كذلك ، فتصبح ضرورة الكلام عن مسألة اكتساب المشترى ملكية العقار بالتقادم واجبة . وبالرجوع الى المادتين 827 و 828 من القانون المدني الجزائرى نجدهما تفرقان بين المشترى حسن النية ،والمشترى سيء النية ،فالمادة 828 تكلمت عن الحائز حسن النية ،اذا استمرت حيازته للعقار مدة عشر سنوات دون انقطاع ،اكتسب العقار بالتقادم المكسب القصير . اما المادة 827 ،فقد تكلمت عن الحائز سيء النية ،اذا استمرت حيازته للعقار مدة خمس عشرة سنة ،دون انقطاع ،اكتسب العقار بالتقادم المكسب الطويل ولكن يشترط بالنسبة للتقادم المكسب القصير تسجيل السبب الصحيح اى العقد (2) . فاذا حاز المشترى العقار بحسن نية ،وكان قد تم تسجيل عقد البيع ،فانه يكتسبه ،اذا استمرت حيازته له مدة عشر سنوات دون انقطاع ،ويبدأ سريان هذه المدة من وقت التسجيل ،اما اذا كان

---

(1) راجع .د . ابراهيم ابو النجا - المرجع السابق - ف 19 - ص 46 و 47 ،و.ف 20- ص 48 و 49 .

(2) راجع .د . عبد الرزاق احمد السنهورى - المرجع السابق - ف 444 - ص 1138 و1139 .

./.

المشتري سيء النية ، او كان حسن النية ولم يسجل عقد البيع فانه لا يكتسب ملكية العقار الا بمرور خمس عشرة سنة من حيازته العقار . وللمشتري طبقا للمادة 814 من القانون المدني الجزائري ، ان يضم الى حيازته ، حيازة البائع او يفصل ما بين الحيازتين ، ويتمسك باحديهما فقط دون الاخرى وذلك تبعا لما يراه افيد واصلح له . فاذا كان البائع سيء النية ، وبقي حائزا للعقار مدة اثنا عشر سنة ، ثم باع العقار الى مشتري سيء النية ايضا فان من مصلحة المشتري ان يتمسك بالتقادم المكسب الطويل ، اذا بقي حائزا له مدة ثلاث سنوات اخرى ، وذلك بضم مدة حيازته الى حيازة البائع وهي اثنى عشر سنة فتكتمل مدة التقادم المكسب الطويل . اما اذا كان البائع حسن النية ، ولديه سبب صحيح ، وبقي حائزا للعقار مدة خمس سنوات ، وكان المشتري بدوره حسن النية ، فانه يكتسب ملكية العقار بالتقادم المكسب القصير ، اذا بقي حائزا له مدة خمس سنوات اخرى اما اذا كان البائع سيء النية وبقي حائزا للعقار اربع عشرة سنة ، فان المشتري اذا كان حسن النية له الخيار بين اكتساب ملكية العقار بالتقادم القصير ، اي ببقائه حائزا له عشر سنوات لانه حسن النية ، او ان يتمسك بحيازة البائع وهي اربع عشرة سنة ويضم اليها حيازته هو اي سنة اخرى ، ويكتسب العقار بالتقادم المكسب الطويل ، اي بخمس عشرة سنة . اما اذا كان البائع حسن النية ، وله سبب صحيح ، حاز العقار تسع سنوات ، وكان المشتري سيء النية ، فان المشتري لا يستطيع اكتساب ملكية العقار بالتقادم القصير ، لانه سيء النية ، ولكنه يستطيع التمسك بالتقادم الطويل ، اي يضم الى حيازته حيازة البائع ، اي ببقائه حائزا له ست سنوات اخرى ، فتكتمل مدة التقادم المكسب الطويل وهي خمس عشرة سنة . وللمشتري ان يتمسك بحيازته دون حيازة البائع ، كأن يكون البائع سيء النية ، حاز العقار مدة ست سنوات ، والمشتري حسن النية ، حاز العقار مدة عشر سنوات

./.

فله التمسك بالتقادم المكسب القصير ، ويتملك العقار . وقد يجد المشترى ان من مصلحته التمسك بحيازة البائع ، دون حيازته ، وذلك كأن يكون البائع حسن النية ، حاز العقار لمدة عشر سنوات وكان هو سيء النية ، حاز العقار مدة ثماني سنوات ، فمن مصلحته التمسك بحيازة البائع وحده .

والتقادم المكسب بنوعيه القصير والطويل يرد عليهما الوقف والانقطاع وهذا ما نصت عليه المادة 316 مدني جزائرى : " لا يسرى التقادم كلما وجد مبررا شرعيا يمنع الدائن من المطالبة بحقه . . . الخ " . والمادة 833 "يوقف التقادم المكسب ايا كانت مدته اذا وجد سبب لوقفه" . فطبقا لهاتين المادتين ، يوقف التقادم المكسب الطويل او القصير اذا وجد مانع يمنع المالك من المطالبة باسترداد حقه ، والمدة التي يوقف سريان التقادم فيها لا تحسب ضمن مدة التقادم وتحسب المدة السابقة واللاحقة فاذا وضع المشترى حسن النية يده على عقار ، وبقي حائزا له مدة ثماني سنوات ، ثم مات المالك وورثه قاصر لم يعين له وصي الا بعد ثلاث سنوات من وفاة المورث ، فان التقادم يوقف سريانه خلال هذه المدة ، اى ثلاث سنوات ، وتحسب المدة التي سبقت ثلاث سنوات ، اى ثماني سنوات ، فيبقى سنتان تحسب من وقت تعيين الوصي ، فاذا انقضت السنتان دون ان يقطع التقادم خلالهما ، اكتملت مدة عشر سنوات ، اى مدة التقادم المكسب القصير فيكسب ملكية العقار بعد ان وضع يده عليه مدة ثلاثة عشر سنة (1) .

وقد نهج المشرع الجزائرى منهج المشرع المصرى ، الذى نهج بدوره منهج الشريعة الاسلامية ، التي قررت في هذا الشأن ، عدم جواز سماع

---

(1) راجع . د . عبد الرزاق احمد السنهورى ـ المرجع السابق ـ ف 386 ـ ص 1025 وما بعدها .

./.

الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي ، ذلك ان مدة التقادم والعذر الشرعي امران متلازمان ، خلاف المشرع الفرنسي الذى لم يجز الوقف كقاعدة واجازه في حالات استثنائية محددة بقانون (المادة 2251 مدني فرنسي) (1) . ويقطع التقادم برفع المالك دعوى الاستحقاق امام القضاء (م317 مدني جزائرى) او باقرار المالك (م318 مدني جزائرى) او اذا تخلى المشترى عن الحيازة ، او فقدها ولو بفعل الغير (م834 مدني جزائرى) فاذا انقطع التقادم ، ابتدات حيازة جديدة ، وابتدأ سريان تقادم جديد من وقت استرداد المشترى حيازة العقار ، هذا اذا خرجت الحيازة منه اختيارا (م 319 مدني جزائرى) ، اما اذا خرجت بغير ارادته ، فله استرداد العقار ، عن طريق دعوى استرداد الحيازة يرفعها على الحائز الجديد وذلك في خلال سنة من وقت فقد الحيازة ، فاذا استرد حيازة العقار فان حيازته تظل مستمرة ، ولا ينقطع التقادم . اما اذا لم يسترد الحيازة في خلال سنة ، ولم يرفع خلالها دعوى استرداد الحيازة ، فان التقادم ينقطع بانقضاء هذه المدة ، ولا يبتدئ سريان تقادم جديد الا باسترداد حيازة العقار (المادة 834/2 مدني جزائرى) .

وتملك المشترى العقار بالتقادم المكسب الطويل او القصير ، ليس تلقائيا بل يجب ان يتمسك به ، بأن يرفع دعوى بذلك ، فاذا خرجت منه حيازة العقار وانتقلت لغيره ، رفع دعوى الحيازة على هذا الحائز ، الغير الذى انتقلت اليه حيازة العقار . او بأن يدفع دعوى المالك ، حالة ما اذا قام هذا الاخير برفع دعوى استحقاق عليه ، فيتمسك قبله بالتقادم المكسب

---

(1) راجع د . عبد الرزاق احمد السنهورى - المرجع السابق - ف 393 - ص 1038 - و1039 .

./.

اى بأنه قد تملك العقار عن طريق التقادم المكسب وللمشترى الا يتمسك بالتقادم ،كما يجوز له التنازل عنه ،ولكن ليس قبل ثبوت حقه فيه . ولكن اذا تمسك المشترى بالتقادم المكسب القصير او الطويل ،تبعا لحسن او سوء نيته ،فانه يصير مالكا من وقت بدء حيازته للعقار بنية تملكه ،اذ للتقادم كما للاجازة اثر رجعي ،ويترتب على الاثر الرجعي للتقادم النتائج التالية :

- النتيجة الاولى :

اذا رتب المالك ،خلال مدة التقادم ،حقا عينيا على العقار المبيع، وهو في حيازة المشترى ،فان هذا الحق لا يسرى في حق المشترى ، لان التصرف الذى اصدره المالك وارد على شيء صار لا يملكه باثر رجعي . اما لو كان هذا التصرف سابقا على وقت بدء سريان التقادم فان المالك يكون قد تصرف في ماله ،ولذلك يسرى هذا التصرف في حق المشترى ، حتى لو اكتسب هذا الاخير المبيع بعد ذلك .

- النتيجة الثانية :

ان المشترى ،الحائز ،لا يرد ثمار العقار للمالك ،لانه مالك للاصل (العقار) وقت ان انتج الثمار ،فيتملك الثمار باعتباره مالكا لاصل العقار .

- النتيجة الثالثة :

اذا رتب المشترى ،في خلال مدة التقادم حقا عينيا على العقار الذى حازه ثم اصبح مالكا له بالتقادم ،فان هذا التصرف ينفذ في حقه ،ذلك انه تصرف فيما يملك (1) .

---

(1) راجع .د . عبد الرزاق احمد السنهورى - المرجع السابق - ف414 - ص1073 وما بعدها .

./.

اما الشريعة الاسلامية فانها لم تأخذ بالتقادم المكسب، فمشترى مال الغير لا يكتسب ملكيته بالتقادم مهما طالت مدة حيازته له، ولكنها اخذت بالتقادم المسقط، اى بمنع سماع دعوى المالك في حالة انكار الحائز حقه، وكانت المدة طويلة، ولم يكن هناك عذر يمنعه من المطالبة بحقه، وهذه المدة حسب المواد 1560 - 1675 من المجلة، خمس عشرة سنة (1) .

وسواء اكتسب المشترى ملكية المبيع بالحيازة ام بالتقادم المكسب، فان البيع ينقلب صحيحا، ويسقط تبعا لذلك حق المشترى في طلب ابطال البيع لان العلة التي من اجلها قرر المشرع ابطال بيع ملك الغير قد زالت بزوال خطر الاستحقاق .

المطلب الرابع : صيرورة البائع مالكا .

نصت المادة 398 / الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائرى على ما يلي : " وكذلك يعتبر البيع صحيحا في حق المشترى اذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد البيع" . ويستخلص من هذه الفقرة، ان البائع قد يتملك المبيع بعد البيع، كأن يشتريه مثلا من المالك . او كأن يرثه منه، او ان يوصي له به، او كأن يكتسب ملكية المبيع بالحيازة في المنقول، او بالتقادم المكسب في العقار فينقلب البيع صحيحا، ويسقط حق المشترى في طلب ابطال البيع، لان طلب الابطال مقرر لمصلحته، وقد انعدمت هذه المصلحة بارتفاع الضرر عنه، لزوال المانع الذى كان يحول دون انتقال الملكية اليه، فتنتقل الملكية الى المشترى بمجرد ان تؤول الى البائع .

---

(1) راجع .مأمون الكزبرى ـ الحقوق العينية ـ س 1959 ـ ف 438 ـ ص 467 و468 .

والعبرة بصحة البيع باكتساب البائع الملكية قبل رفع المشتري دعوى الابطال ،فاذا رفعها قبل اكتساب البائع الملكية ، ولو لم يفصل القاضي فيها بعد ،فان حق المشتري في طلب الابطال يظل قائما وعلى القاضي ان يحكم له به ،اذا توافرت شروطه طبعا ، ذلك ان القاضي ينظر في الدعوى بالحالة التي كانت عليها يوم رفعها ، وفي ذلك الحين ،لم يكتسب بعد البائع ملكية المبيع ، ولا ينبغي ان يتضرر المشتري من جراء تأخر المحكمة في الفصل في الدعوى (1) . بل ان هناك من الفقهاء من راى ،ان الحق في طلب ابطال البيع يثبت للمشتري ولو اصبح البائع مالكا قبل رفع دعوى الابطال ، ما دام ان المشتري قد سبقه في طلب الابطال ،ولو ان هذا الطلب قد تم عن طريق رسالة (2) اما البعض الاخر من الفقهاء فراى ان البيع يصح ، ويسقط حق المشتري في طلب الابطال اذا حصل البائع على الملكية بعد رفع دعوى الابطال ، ولو قبل صدور الحكم النهائي فيها (3) . والقول بالراى الاخير ، يعني تطبيق قواعد الفسخ لا قواعد البطلان ، لانه طبقا لقواعد الفسخ ، للقاضي سلطة تقديرية في اجابة المشتري لطلبه . اما اذا لم يشأ المشتري رفع دعوى الابطال او تأخر في رفعها ،بحيث سبقه البائع في اكتسابه ملكية المبيع ، فان حقه يسقط في طلب الابطال ، ذلك ان الملكية تنتقل اليه من وقت انتقالها للبائع ، وليس قبل ذلك لان في ذلك الوقت لم يكن البائع مالكا فلا يستطيع ان ينقل لغيره ما ليس عنده ويترتب على ذلك ما يلي :

---

(1) راجع .د . عبد الرزاق احمد السنهوري - المرجع السابق - جـ4 - ص295 هامش رقم 1 . وراجع .د . سليمان مرقص عقد البيع - ط3 - المرجع السابق - ف297 ص536و537 .

(2) راجع بلانيول وريبير وهامل - المرجع السابق - ف 50 - ص 54 .

(3) راجع جيوار - البيع والمقايضة - ط3-1904 ف189 اشار اليه .د .عبد الرزاق احمد السنهوري - المرجع السابق - ص 295 هامش رقم 1 .

./.

1 - اذا قرر المالك للغير حقوقا على المبيع، قبل ان يكتسب البائع ملكية المبيع، فانه ينتقل الى المشترى مثقلا بما عليه من اعباء، فاذا انتقصت هذه الاعباء من قيمة المبيع، فان حكمها يكون حكم ضمان التعرض والاستحقاق (1) .

2 - اذا رتب البائع حقوقا للغير على المبيع وذلك في الفترة بين صدور البيع منه واكتسابه ملكية المبيع، فان ما رتبه من حقوق للغير لا يسرى في حق المشترى، بل ينتقل اليه المبيع مطهرا من كل تكليف، ذلك ان البائع حينما رتب هذه الحقوق للغير، لم يكن مالكا .

اما في الشريعة الاسلامية، في المذهب الحنفي، والشافعي، والحنبلي فان اكتساب البائع ملكية المبيع، باى سبب من اسباب كسب الملكية، لا حق على العقد الذى ابرمه بصفته فضوليا، كأن ورثه مثلا او اشتراه من المالك، لا يصحح البيع، بل بالعكس يبطله، وذلك طبقا لقاعدة عندهم مؤداها "انه اذا طرأ ملك نافذ على ملك موقوف ابطله" (2) ومع ذلك فان بعض الاحناف خرج عن هذه القاعدة بالقول ان العقد الموقوف يبطل اذا طرأ عليه عقد بات، اذا حدث لغير من باشر العقد الموقوف، كما اذا باع المالك ما باعه الفضولي من غير الفضولي، ولو ممن اشترى من الفضولي، اما ان باعه من الفضولي فلا (3) . اما عند المالكية ففيه تفصيل : فاذا اكتسب البائع ملكية المبيع عن طريق الارث، فان له الحق في فسخ البيع، اواجازته

---

(1) راجع . د . جاك يوسف الحكيم - عقد البيع - س 1970 - ف101 - ص 88 .

(2) راجع . د . عبد الرزاق احمد السنهورى - مصادر الحق في الفقه الاسلامي - المرجع السابق - ص 189 .

(3) راجع . ابن عابدين - المرجع السابق - ص 117 .

./.

لان الارث حدث بفعل غير ارادى ، وحقوق المورث قد انتقلت اليه ، اما اذا اكتسب البائع المبيع عن طريق ارادى ، كأن اشتراه ، او وهبه له المالك ، او تصدق له به ، فليس للبائع الحق في فسخ العقد السابق ، لانه بفسخه البيع يعتبر قد نقض عهده وتحلل من التزاماته ، وهذا لا يجوز فيصبح العقد صحيحا نافذا لزوال المانع من نفاذ العقد (1) .

(1) راجع . التسترى - مقايس الانوار - ص 134 - اشار اليه ، عبد الهادى الحكيم - المرجع السابق - ص 152 .

الفصـل الثانـي

اثار بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقـي

يمـر بيـع ملـك الغيـر بالنسبـة للمالـك الحقيقـي بمرحلتيـن ، مرحلـة قبـل اقـراره ، او رفضـه البيـع ومرحلـة بعـد اقـراره البيـع ، والا قـرار مصطلـح قانونـي يعبـر عـن رضـا المالـك ، امـا الشريعـة الاسـلامية فتطلـق علـى هـذا الرضا مصطلـح الاجـازة ، امـا هـذا المصطلـح فـي القانـون فتعبيـر عـن رضـا المشترى بالبيـع . لهـذا اتنـاول فـي المبحث الاول الاجـازة فـي القانـون الوضعـي وفـي الشريعـة الاسلاميـة والفـرق بيـن الاجـازة والاقـرار فـي القانـون . علـى ان اتناول فـي المبحـث الثانـي ، اثـار بيـع ملـك الغيـر بعـد اقرار المالـك الحقيقـي .

المبحث الاول

الاجازة في القانون الوضعي وفي الشريعة الاسلامية والفرق بينها وبين الاقـرار

ان الاجـازة فـي القـانـون غيـر الاجـازة فـي الشريعـة الاسـلاميـة ، والاجازة فـي القـانـون تختلـف عـن الاقـرار ، لهـذا اتنـاول فـي المطلب الاول الاجـازة فـي القانـون الوضعـي وفـي الشريعـة الاسـلاميـة ، وفـي المطلـب الثانـي اتنـاول الفـرق بيـن الاجـازة والاقـرار فـي القـانـون .

المطلب الاول : الاجازة وشروطها في الشريعة الاسلامية والقانون .

تختلـف الاجـازة فـي القـانـون عـن الاجـازة فـي الشـريعـة الاسـلاميـة مـن حيـث تعريفهـا ، ومـن حيـث شـروط صحتهـا .

./.

اولا - تعريف الاجازة :

أ) في الشريعة الاسلامية :

الاجازة في اصطلاح فقهاء الشريعة الاسلامية هي تصرف شرعي في العقد بالابقاء توجب نفاذه، وترتب عليه حكمه، اما مستندا الى وقت وجوده، او مقتصرا على حال صدورها .

ب) في القانون الوضعي :

اما تعريف الاجازة في القانون فهي، النزول عن الحق في طلب الابطال ويطلكها من شرع الابطال لمصلحته، لانه هو صاحب الحق في التمسك بالابطال، فله حق النزول عنه، ويترتب على الاجازة زوال الخطر الذى كان يهدد العقد بالزوال فيستقر نهائيا (1) .

ويتضح من التعريفين السابقين ان الاجازة سواء في الشريعة الاسلامية او في القانون الوضعي هي تصرف من جانب واحد، لا تحتاج لقبول من الطرف الاخر، بل تحدث اثرها دون حاجة الى علم الطرف الاخر بها وبمجرد صدور الاجازة لا يستطيع المجيز الرجوع فيها . كما ان لكل من الاجازة في القانون والاجازة في الشريعة الاسلامية اثر رجعي يستند الى يوم صدور البيع(2) . غير ان الاجازة في القانون تختلف عن الاجازة في الشريعة الاسلامية من حيث :

---

(1) راجع د . عبد الرزاق حسن فرج - المرجع السابق - ص202 وما بعدها .

(2) راجع د . عبد الرزاق حسن فرج - المرجع السابق - ص 204 .

1 - ان الاجازة في القانون ، يترتب عنها ، تأكيد عوامل الصحة في العقد القابل للابطال ، فهي لا تضيف جديدا للعقد ، اذ ان العقد كان منتجا لاثاره قبل اجازته ، والاجازة هي بمثابة النزول عن الحق في ابطال العقد . اما الاجازة في الشريعة الاسلامية ، فتجعل البيع ينتج اثره ، في حين ان العقد قبل اجازته لم ينتج اى اثر ، ولولا الاجازة لبقي العقد معدوم الاثر .

2 - ان الاجازة في القانون ، في بيع ملك الغير ، تصدر من المشترى الذى جعل له المشرع حق طلب ابطال العقد ، اما في الشريعة الاسلامية ، فالاجازة تصدر من المالك ، الذى بيع ماله بغير اذنه .

ثانيا - شروط صحة الاجازة .

تختلف شروط تحقق الاجازة في القانون ، عن شروط تحققها في الشريعة الاسلامية ، واوضح ذلك فيما يلي :

أ) شروط صحة الاجازة في الشريعة الاسلامية :

ذهب فقهاء الاحناف ، ومن نهج منهجهم الى انه يشترط لصحة الاجازة ، قيام كل عناصر التصرف ، العاقدين ، المحل ، المجيز وقت صدور العقد ووقت صدور الاجازة . وهذا ما نصت عليه المادة 397 من كتاب مرشد الحيران (1) "يشترط لصحة الاجازة من المالك بيع ملكه بغير اذنه ان يكون كل من البائع والمشترى وصاحب المتاع المبيع حيا وان يكون المبيع قائما على حاله لم يتغير تغييرا به يعد شيئا اخر وان يكون الثمن باقيا ان كان عرضا معينا" .

---

(1) راجع . مرشد الحيران - الطبعة الاولى لمحمد قدرى باشا .

واحاول فيما يأتي شرح هذه الشروط :

- الشرط الاول : وجود المالك حال الاجازة .

يشترط ان يكون المالك موجودا وقت اجازة البيع ، فاذا مات المالك قبل ان يجيز البيع ، بطل العقد ، ولا يمكن لورثته ان يحلوا محله ويجيزون العقد ، ذلك لانهم لم يكونوا ذوى شأن وقت صدور العقد من الفضولي وانما كان الشأن لمورثهم . اما المالكية والشافعية والحنابلة ، فيرون ان الحقوق المتعلقة بالمال يمكن ان تنتقل الى الورثة - خلاف ما رآه الحنفية - ومن ثم يجوز للورثة - عندهم - اجازة البيع الصادر من الفضولي على المال الذى انتقل اليهم من مورثهم (1) .

- الشرط الثاني : وجود العاقدين حال الاجازة :

يشترط ايضا لصحة الاجازة ، ان يكون البائع والمشترى موجودين حال اجازة المالك البيع ، لان البائع ينقلب بالاجازة وكيلا للمالك ، فيلتزم بتسليم المبيع للمشترى ، ويطالب بالثمن ، ويخاصم بالعيب ، فاذا مات البائع قبل الاجازة بطل البيع ، وكذلك لو مات المشترى قبل الاجازة ، لانه هو الذى يطالب بما وجب له من حق ، ويطالب بما اوجب عليه من واجب ، وعليه فان اجازة المالك لا تصحح بيع الفضولي بعد وفاة المشترى ، لعدم وجود من يلتزم بدفع الثمن (2) .

---

(1) راجع د . محمد الالفي - المرجع السابق - ص 122 .
(2) راجع ابن الهمام - فتح القدير - جـ 5 - ص 311 ، اشار اليه د . محمد الالفي المرجع السابق - ص 123 .

- الشرط الثالث : بقاء المحل .

يشترط لصحة الاجازة ايضا ، ان يكون محل البيع موجودا حال الاجازة لان نفاذ العقد يكون بالاجازة ، ومعنى نفاذ العقد ظهور الاثر في المحل والاثار لا تظهر في معدوم ولذلك يبطل العقد ، ولا تصححه الاجازة اذا كان محله قد هلك (1) .

فاذا هلك المبيع بقوة قاهرة بعد انعقاد البيع وقبل اجازة المالك ، فمن الذى يتحمل تبعة الهلاك ؟ ان الامر يختلف بين ما اذا كان هلاك المبيع في يد المالك ، او في يد الفضولي او في يد المشترى . فاذا هلك المبيع في يد المالك ، فان المالك يتحمل تبعة الهلاك ، لان المبيع هلك في يده بفعل لا يوجب الضمان . اما اذا كان الهلاك في يد الفضولي ، فان العقد يبطل ولا تلحقه الاجازة ، ولا ضمان على احد . اما اذا كان الهلاك في يد المشترى ، فان الاجازة لا تجوز ، وللمالك الرجوع بالضمان ، اما على الفضولي او على المشترى ، فاذا رجع على احدهما برىء الاخر . فاذا رجع على المشترى بطل البيع ، لان القيمة كالعين فاخذ القيمة كاخذ العين ، واذا عاد على الفضولي فانه يفرق بين حالتين :

- الحالة الاولى :

اذا كان الفضولي قد قبض المبيع ، من غير اذن مالكه ، فانه يكون قد ملكه بالضمان مستندا الى وقت القبض ، اى الى وقت سابق على صدور البيع الى المشترى فيكون البيع قد صدر من مالك فينفذ .

---

(1) راجع الكساني : بدائع الصنائع - ج 5 - ص 264 ، اشار اليه . د . محمد الالفي المرجع السابق - ص 124 .

- الحالة الثانية :

اذا كان الفضولي قد قبض المبيع من مالكه امانة في يده فيكون وقت ان باعه للمشترى غير مالك ، وانما وجب الضمان عليه بتسليمه المبيع للمشترى بعد صدور البيع ، فلا ينعقد البيع لتأخر سبب ملكه عن عقد البيع ، ويرجع الفضولي على المشترى بالقيمة ، لان المشترى تسلم المبيع فهلك عنده ويده يد ضمان (1) .

ب) شروط صحة الاجازة في القانون الوضعي :

يشترط لصحة الاجازة في القانون الوضعي ، توافر الشروط اللازمة لصحة التصرف القانوني وهذه الشروط هي :

- الشرط الاول : ان يكون المجيز" المشترى" عالما بأن البائع غير مالك للمبيع

لصحة اجازة مشترى ملك الغير ، يجب ان يكون المشترى وقت ان اجاز البيع ، عالما ان البائع غير مالك للمبيع ، واجازته الصريحة او الضمنية للبيع ، تعتبر بمثابة تنازل منه عن حقه في طلب ابطاله .

- الشرط الثاني : ان تتوافر في المجيز"المشترى" الاهلية :

يشترط بالاضافة الى الشرط الاول ، تمتع المشترى بالاهلية اللازمة لابرام العقد ، الذى يريد اجازته .

- الشرط الثالث : ان تكون ارادة المجيز خالية من العيوب :

يشترط بالاضافة الى الشرطين السابقين ، ان تكون ارادة المشترى سليمة

---

(1) راجع .د . محمد زكي عبد البر - المرجع السابق - ف 49 - ص 148 و 149 .
وراجع .د . عبد الرزاق حسن فرج - المرجع السابق - ص 184 وما بعدها .
وراجع .د . عبد الرزاق احمد السنهوري - مصادر الحق في الفقه الاسلامي - المرجع السابق - ص 186 و187 .

./.

خالية من اى عيب من عيوب الرضا .

واجازة المشترى البيع، قد تكون صريحة، باللفظ، كأن يقول : اجزت البيع، او يقول : قبلت البيع، او رضيت به . وقد تكون اجازة المشترى للبيع ضمنية، كأن يقرر، مثلا حقا على الشيء المبيع. هذا في القانون اما في الشريعة الاسلامية، فالامر نفسه، غير ان الاجازة تصدر من المالك ومثال عن الاجازة الضمنية طلب المالك الثمن من المشترى .

ولكن سكوت المالك في الشريعة الاسلامية، هل يعتبر قبولا ؟ يرى ابن حزم الظاهرى (1) ، ان سكوت صاحب المال لا يعتبر رضا بالبيع طالت المدة ام قصرت، حاضرا مجلس العقد ، ام غائبا ، فله ان يسترد ماله في اى وقت، وينتقل هذا الحق لورثته من بعده . اما اغلب الاحناف فيرون بأن السكوت الملابس لا يعتبر قبولا ، اى ان سكوت المالك حينما يرى الغير يبيع ماله لا يدل على الاجازة . اما المالكية فيرون ان السكوت في بعض الحالات يعتبر اجازة، اذ انهم ميزوا بين حالتين :

1 - حالة حضور المالك : وفي هذه الحالة يفسر سكوته على انه اجازة للعقد ، ويجوز للمالك ان يطلب الثمن من البائع في خلال سنة من يوم ابرام العقد ، فاذا انقضت السنة ، دون ان يطلب ذلك سقط حقه .

2 - حالة ابرام العقد في غياب المالك : اذا كان المالك غائبا فله في خلال سنة من وقت علمه بالبيع ان يختار بين امرين ، اما اجازة العقد ، واما رفضه . فاذا سكت خلال هذه المدة ولم يعلن ارادته ، اعتبر سكوته اجازة للعقد ، وحق له مطالبة البائع بالثمن في خلال عشر سنوات من وقت علمه بالبيع فاذا انقضت هذه المدة دون ان يطالب بالثمن ، سقط حقه (2) .

---

(1) راجع مرجعه السابق - ص436 .

(2) راجع . د . عبد الرزاق احمد السنهورى - المرجع السابق - ص194 و 195 .

./.

المطلب الثاني : الفرق بين الاجازة والاقرار في القانون .

الاجازة غير الاقرار في القانون ، فالاجازة تكون في العقد القابل للابطال ، وتصدر من العاقد الذى تقرر البطلان لمصلحته ، فينقلب العقد صحيحا . اما الاقرار فيكون في العقد غير النافذ في حق الغير ، ويصدر من هذا الغير ، يريد به ان يجعل العقد نافذا في حقه . ويجمع بيع ملك الغير بين الاجازة والاقرار . فهو من جهة عقد قابل للابطال لمصلحة المشترى ، اذ يحق لهذا الاخير ان يجيز العقد ، فيصبح صحيحا فيما بين عاقديه ، ويسقط حق المشترى في طلب ابطاله ، ومن جهة اخرى ، هو عقد غير نافذ في حق المالك ، ولو اجازه المشترى ، ولا يسرى في حقه الا باقراره . فاذا اقر المالك البيع ، سرى في حقه ، وامتنع عليه المطالبة باسترداد ماله .

يلتقي الاقرار مع الاجازة من حيث ان كلا منهما تصرف قانوني ، يتم بارادة منفردة ، ولا يحتاجان في نشوئهما الى قبول من الطرف الاخر ، وباعتباران كلا منهما تصرف قانوني ، فانه يشترط لصحتهما ، ما يشترط بالنسبة لسائر التصرفات القانونية ، من ضرورة تمتع المقر ، والمجيز بالاهلية ، وسلامة رضاهما من العيوب . كما يلتقيان من حيث ان المقر اذا اصدر اقراره او اصدر المجيز اجازته ، فانه لا يجوز لهما العدول عنهما . كما يلتقي الاقرار مع الاجازة من حيث ان لكل منهما اثر رجعي ، غير ان الاثر الرجعي بالنسبة للاقرار ، لا يكون الا من يوم صدور الاقرار بالنسبة للمالك ، وبالنسبة للدائنين الذين رتب لهم المالك حقوقا على المبيع ، اما الاجازة فلهما اثر رجعي لا من يوم الاجازة ، بل من يوم صدور العقد . كما يلتقيان من حيث طرق التعبير عنهما . وبرجوعنا الى المادة 60 من القانون

./.

المدني الجزائري ،نجد ان الاقرار باعتباره تعبيرا عن ارادة المقر فيتخذ عادة شكلا صريحا اذ يكون عن طريق القول او الكتابة او الاشارة واحيانا يتخذ شكلا ضمنيا ،ويستفاد هذا من كل فعل يقوم به المالك يمكن ان يعتبر اقرارا منه للبيع مثال ذلك ان يقوم المالك بالتصرف في الثمن الذى قبضه ،كأن يهبه ،او يتصدق به . او ان يقوم بتسليم المبيع للمشترى ، او ان يأخذ منه الثمن ،فالمالك في هذه الحالات الثلاث،لم يعلن صراحة عن ارادته في قبوله هذا البيع،وانما تصرفاته عبرت ضمنيا عن هذا القبول اما اذا سكت المالك ولم يعبر عن ارادته بقبول البيع لا صراحة ولا ضمنا ،فان سكوته لا يعتبر قبولا ،طبقا لقاعدة،لا ينسب لساكت قول . اما اذا اعلن عن رفضه البيع،فيكون هذا ردا منه للبيع فيسقط حقه في اقراره بعد ذلك،ويبقى حقه في استرداد ماله قائما .

*

*****

المبحث الثاني

اثار بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي قبل اقراره او رده البيع

قبل ان يقر المالك الحقيقي البيع الصادر للمشترى ،او اعلن رفضه له ،فان هذا البيع لا يسرى في حقه اطلاقا ،فلا يلتزم باى التزام ذلك انه طرف اجنبي عنه ،وطبقا للقواعد العامة،ان العقد لا يلزم سوى طرفيه ،واثره لا يتعداهما ولذلك فان حقوق المالك على ماله تظل مستمرة رغم وجود هذا العقد ،فما هي هذه الحقوق ؟ هذا ما سوف اوضحه في المطلبين التاليين :

المطلب الاول : في علاقة المالك بالمشترى .

ان علاقة المالك بالمشترى ،لم يرد في شأنها قواعد خاصة ،وعليه تجرى فيها احكام القواعد العامة ،من حيث عدم انصراف العقد لغير عاقديه وعدم الاحتجاج به على الغير ،فمن حيث عدم انصراف اثر العقد لغير عاقديه . ان الالتزامات والحقوق التي ينشئها البيع الوارد على مال الغير ،لا تضاف الى المالك ،ولا يصبح بمقتضى هذا البيع، مدينا او دائنا ،فلا يجوز للمشترى ان يطالبه بتنفيذ الالتزامات التي رتبها هذا العقد ولا يجوز له هو ابطال العقد ،او اجازته . اما من حيث عدم الاحتجاج بالبيع على الغير ،فان للمالك الحقيقي في بيع ملك الغير ان يتجاهل هذا البيع كليا ،فيقوم باجراء اى تصرف يراه ،عمل مادى كان ،او تصرف قانوني ،وذلك باعتباره صاحب حق ملكية .

ويظل طرفا اجنبيا عن العقد ،سواء حكم للمشترى بابطال البيع،او لم يحكم له به ،وسواء سقط حق المشترى في طلب الابطال او لم يسقط، بل يظل كذلك ولو اجاز المشترى البيع،لان اجازة المشترى البيع، وان كانت هذه الاجازة تصحح العقد فيما بين المتعاقدين الا انها لا ترتب اى اثر بالنسبة للمالك اذ يظل حق هذا الاخير كاملا ، فله ان يسترد المبيع من يد المشترى ،اذا كان هذا الاخير قد تسلمه ،وذلك عن طريق دعوى الاستحقاق ،يرفعها عليه بصفته مالكا للمبيع ،فيسترد المبيع منه ، الا اذا كان المشترى قد دفع دعواه بتملكه المبيع اذا كان منقولا على اساس قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ،واذا كان المبيع عقارا ففلى اساس التقادم المكسب الطويل او القصير تبعا لما اذا كان المشترى حسن او سيء النية . فاذا لم يتملك المشترى المبيع بالحيازة اوبالتقادم ،تمكن المالك من استرداده ، بل زيادة على ذلك له الحق في مطالبة المشترى

اذا كان سيء النية بالتعويض،اما اذا كان حسن النية ،فلا يرجع عليه بالتعويض ولا حتى بالثمار،لانه وهو حسن النية يتملك الثمار بالحيازة وللمشترى بدوره ان يرجع على البائع اما بدعوى ضمان الاستحقاق ،واما بدعوى الفسخ ،واما بدعوى الابطال ،ولكن بشرط ان لا يكون المشترى في الحالة الاخيرة ،قد اجاز البيع ،فاذا كان قد اجاز البيع ،فان حقه في طلب الابطال يسقط ،ولا يبقى له سوى الخيار بين دعوى الفسخ او دعوى الضمان (1) .

المطلب الثاني : في علاقة المالك الحقيقي بالبائع .

اذا كان البائع لم يسلم المبيع بعد الى المشترى ،فان المالك يسترده منه عن طريق دعوى الاستحقاق يرفعها عليه ،فاذا كان البائع قد تمسك بحقه في تملك المبيع اذا كان منقولا عن طريق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ،او عن طريق التقادم المكسب ،اذا كان المبيع عقارا ،فلا يستطيع المالك استرداد ماله . اما اذا كان البائع قد سلم المبيع الى المشترى ،واكتسب هذا الاخير ملكيته عن طريق الحيازة ،او التقادم ولم يتمكن المالك من استرداد ماله ،فله في هذه الحالة الرجوع بالتعويض على البائع ،على اساس فقده المبيع ،فياخذ منه تعويضا عن الضرر بسبب فقده المبيع ،وتقدر قيمة المبيع من وقت وجوب رده للمالك الحقيقي ،لا وقت ابرام العقد ،ذلك ان تقييم المبيع بوقت استحقاقه هو الذى يعوض المالك عن حرمانه من استرداد المبيع ذاته . وقد لا يكتسب البائع و المشترى ملكية المبيع بالحيازة في المنقول ،وبالتقادم في العقار

---

(1) راجع .د . عبد الرزاق احمد السنهورى - المبيع - المرجع السابق - ف 165-ص296 .

فيسترد المالك المبيع ، وبالرغم من ذلك يظل البائع ملتزما بالتعويض للمالك ، وسبب هذا التعويض هو خروج المبيع من يده ، اما مصدره فهو خطأ البائع ، فيسأل عن التعويض ولو كان حسن النية ، لان حسن نيته لا ينفي عنه الخطأ (1) . فان مصدر التعويض هو المسؤولية التقصيرية ، فتسقط دعوى التعويض التي يرفعها المالك على البائع بانقضاء خمس عشرة سنة (2) يبدأ سريان هذه المدة من تاريخ ابرام العقد الصادر للمشتري ، لان سبب التعويض هو العقد ، وليس من تاريخ وضع البائع يده على المبيع (3) اما اذا ثبت من التحريات ان البائع لم يرتكب اى خطأ ، يكون اساسا لمسؤوليته ، كأن يكون مثلا قد وجد المبيع في تركة مورثه ، فباعه اعتقادا منه انه مال مورثه ، انتقل اليه عن طريق الميراث ، ثم اتضح ان هذا المال يملكه شخص غير المورث ، فليس للمالك في هذه الحالة ان يطالب البائع باى تعويض ، انما له فقط استرجاع ماله ان امكن ، والا اخذ قيمته وتقدر هذه القيمة يوم استحقاق المبيع ، واساس رجوع المالك هنا هو الاثراء بلا سبب ، وتسقط دعوى الاثراء بلا سبب ، بمرور عشر سنوات من يوم علم المالك بضياع حقه ، وخمس عشرة سنة من يوم ابرام العقد الصادر للمشتري وهذا تفسير للمادة 142 مدني جزائري التي نصت " تسقط دعوى التعويض عن الاثراء بلا سبب بانقضاء عشر سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في التعويض ، وتسقط الدعوى في جميع الاحوال بانقضاء خمس عشر سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق " .

---

(1) راجع د . عبد الرزاق احمد السنهوري - المرجع السابق - ف 165 - ص297 هامش رقم3

(2) نص المادة 133 مدني جزائري : " تسقط دعوى التعويض بانقضاء خمسة عشر سنة من يوم وقوع العمل الضار " .

(3) راجع حكم لمحكمة النقض المصرية في 26-4-1962 - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض 1961-1966 - ف567 - ص 341 .

./.

ويلتقي في هذه الناحية ،القانون الوضعي بالمذهب الحنفي ،في ان العقد الصادر من غير مالك لا يرتب اى التزام في حق المالك الحقيقي الا بعد اقراره (اجازته) البيع الصادر من البائع (الفضولي) . ويفترق عن المذهب المالكي ،الذى يشترط لكي لا يرتب العقد اى التزام على عاتق المالك ،ان لا يكون حاضرا في مجلس العقد ،فاذا كان المالك حاضرا بمجلس العقد لزمه العقد ،وكذلك اذا لم يكن حاضرا في مجلس العقد ولكنه علم بعد ذلك بالبيع ،وسكت عاما من يوم العلم ،لزمه العقد (1) .

*
*****

المبحث الثالث

اثار بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي بعد الاقرار

نصت المادة 398 / 1 من القانون المدني الجزائرى على ما يلي :"اذا اقر المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزا في حق المشترى".

ويستخلص من هذه المادة ،انه يجوز للمالك الحقيقي اقرار البيع الصادر للمشترى ،اذا وجد مصلحة له في ذلك . فاذا اقر البيع صار ناجزا في حقه وترتبت عنه النتائج التالية :

- النتيجة الاولى : سريان البيع في حق المالك :

اذا اقر المالك الحقيقي البيع ،سرى في حقه ،لان اقراره هذا يعتبر

---

(1) راجع .د . عبد الرزاق حسن فرج - المرجع السابق - ص 180 .

./.

قبولا بما تعهد به البائع، واعترافا منه بهذا العقد وصحته، وعليه يظل هذا العقد قائما منتجا لكافة آثاره، وتنتقل الملكية الى المشترى لا من تاريخ العقد الصادر للمشترى، اذ البائع لم يكن مالكا في هذا الوقت لان اقرار المالك ليس له اثرا رجعيا، وانما تنتقل من تاريخ الاقرار، اذا كان المبيع منقولا، ومن تاريخ تسجيل الاقرار اذا كان المبيع عقارا، ويترتب على ان الملكية تنتقل الى المشترى من تاريخ صدور الاقرار، لا من تاريخ ابرام العقد. ان ما يرتبه المالك للغير، من حقوق على المبيع بين تاريخ ابرام العقد، وتاريخ اقراره، تعتبر صادرة ممن يملك الحق في تقريرها، لانه صاحب حق ملكية كاملة. ولذلك فان المبيع ينتقل الى المشترى محملا بما عليه من حقوق، وللمشترى ان يعود على البائع بالضمان. مثال ذلك قيام المالك برهن العقار المبيع رهنا رسميا وذلك قبل الاقرار، ويقيد حق الرهن قبل تسجيل اقرار المالك فالملكية تنتقل بهذا التسجيل مثقلة بحق الرهن الرسمي الى المشترى.

اما اجازة المالك الحقيقي في الشريعة الاسلامية فلها اثر رجعي تستند الى تاريخ ابرام العقد لا الى تاريخ صدورها، اذا توافرت طبعا شروط الاجازة، واجازته تعتبر وكالة لاحقة بالبيع، والوكالة اللاحقة، كالوكالة السابقة. وهذا ما نصت عليه المادة 397 من كتاب مرشد الحيران (1): "اذا اجاز المالك بيع الفضولي الذى تصرف في ماله بغير اذنه اجازة معتبرة بالقول او بالفعل تعتبر اجازته توكيلا له عنه في البيع ويطالب الفضولي بالثمن ان كان قبضه من المشترى وان لم يكن قبضه منه فلا يجبر المشترى على ادائه للمالك لكن ان دفعه اليه صح الدفع وبرئ".

---

(1) لمحمد قدرى باشا - المرجع السابق -

./.

- النتيجة الثانية : سقوط حق المشترى في طلب الابطال :

اذا اقر المالك البيع الصادر الى المشترى، اصبح صحيحا (1) وتنتقل الملكية الى المشترى، ولا يحق للمالك استرداد المبيع من المشترى ان كان قد تسلمه، او ان يتعرض له في الانتفاع به، وبما ان الضرر قد زال عن المشترى بزوال استحقاق المالك للمبيع، باقراره البيع، فان حق المشترى في طلب ابطال العقد يسقط بصدور الاقرار من المالك، ولكن يشترط لسقوط حق المشترى في طلب ابطال العقد، ان يصدر الاقرار، قبل رفعه دعوى الابطال، اما اذا كان تاليا لرفع دعوى الابطال، ولو لم يفصل فيها بعد، فليس للاقرار اى اثر، ويبقى حق المشترى في طلب الابطال قائما ويحكم له به، وسبب ذلك ان القاضي حينما ينظر في الدعوى، انما ينظر فيها كما هي يوم رفعها وفي هذا الوقت، كان حق المشترى في طلب الابطال قائما، فيحكم القاضي للمشترى بالابطال رغم صدور الاقرار من المالك، اذ لا يجوز ان يضار المشترى بسبب تأخر المحكمة في الفصل في الدعوى، بعد ان تعلق حقه بالابطال، وهذا هو الراى الراجح في الفقه المصرى (2)، واتجاه في القضاء (3) المصرى والفرنسي . غير ان هناك من شراح القانون من يرى ان اقرار المالك البيع يصحح العقد، وبالتالي يسقط حق المشترى في ابطال البيع حتى لو كان الاقرار لاحقا لرفع المشترى دعوى الابطال، ما دام ان الاقرار قد تم قبل النطق بالحكم، وذلك على اساس ان المشترى لا يكتسب برفع الدعوى حقا جديدا (4) .

---

(1) ذهب بعض شراح القانون المدني الفرنسي القدامى الى ان اقرار المالك لا يصحح العقد السابق، وانما ينشيء عقدا جديدا واساسهم في ذلك ان العقد السابق باطل بطلانا مطلقا فلا تلحقه الاجازة . راجع . د انيال د وفولفي - المرجع السابق ف87 ص84

(2) راجع احمد نجيب الهلالي، ود . حامد زكي - المرجع السابق - ف181 - ص172 .
وراجع . د . سليمان مرقص - المرجع السابق - ف 296 - ص 535 .

(3) راجع . د . انور سلطان - المرجع السابق - ف 408 - ص 410 .

(4) (3) ==

./.

- النتيجة الثالثة : نشوء علاقة بين المالك والمشتري :

ينشئ اقرار المالك للبيع الصادر للمشتري علاقة بينه وبين هذا الاخير ولقد اختلف الفقهاء في طبيعة هذه العلاقة . فذهب بعض الفقهاء الى ان اقرار المالك للبيع ،ينشئ علاقة مباشرة بينه وبين المشتري ،اذ يحل المالك الحقيقي محل البائع في جميع حقوقه والتزاماته قبل المشتري وذلك من تاريخ اقراره ،فله ان يطالب المشتري بدفع الثمن ،ان لم يكن قد دفعه للبائع ،وان دفع قسط منه فقط ،طالبه بالباقي ،ويعود بالقسط المدفوع على البائع ،وله ايضا ان يطالبه بتسلم المبيع ،ان لم يتم تسليمه والمشتري بدوره يطالبه بنقل الملكية وتسليم المبيع اليه ،وبضمان التعرض والاستحقاق ،وضمان العيوب الخفية . فاذا قام المالك الحقيقي بتنفيذ كافة الالتزامات الناشئة عن العقد ،برأت ذمة البائع ،وان اخل عن بعض الالتزامات الناشئة عن العقد كان البائع مسؤولا معه عن ذلك ،لان ذمة البائع لا تبرأ من هذه الالتزامات الا بالوفاء بها من طرفه او من طرف المالك (1) .

الا انني ارى مع ما يذهب اليه البعض الاخر من الفقهاء (2) من ان اقرار المالك الحقيقي للبيع ،لا ينشئ علاقة مباشرة بينه وبين المشتري ،وانما اقراره يقتصر اثره على ازالة العقبة التي كانت تحول بين المشتري وبين

= (3) راجع نقض مدني فرنسي 30 ديسمبر 1872 . سيرى 1871 قسم 1 - ص 248 .
وراجع نقض فرنسي في 26 جويلية 1926 . سيرى القسم 1 - ص 302 .
وراجع محكمة اسيوط الكلية الاهلية في 10 يناير 1934 . المحاماة العدد 6 القسم 2 . س 14 - ف 224 - ص 434 .

(4) راجع حكم لمحكمة استئناف مصر في 20/3/1927 ،المجموعة الرسمية للمحاكم الاهلية س 1928 عدد 3 .ف 39 - ص 86- حيث جاء في حكمها ان اقرار المالك للبيع يسقط حق المشتري في ابطال البيع ،ولو جاءت دعوى الابطال سابقة على الاقرار ،ولكن اسست حكمها على ان بيع ملك الغير قابل للفسخ لا قابل للابطال .اشار اليه احمد نجيب الهلالي ود . حامد زكي - المرجع السابق - ف 181 - 172 .

(1) راجع .د . عبد المنعم البدراوي - المرجع السابق - ف 291 - ص 421 .

./.

نقل الملكية اليه ،والاحتجاج بالبيع تجاه المالك ، ذلك ان الاقرار يتم بارادة منفردة ،هي ارادة المالك ولا يمكن ان تغير هذه الارادة المنفردة في شخص المدين دون موافقة الدائن ،الذى قد تكون لديه مصلحة في بقاء البائع نفسه ملتزما ،بما يفرضه العقد من التزامات،فاذا امكن لهذه العلاقة المباشرة ان تنشأ بين المالك والمشترى ،واحلال المالك محل البائع فيجب ان يتفق الاطراف الثلاثة على ذلك ،اى المشترى والبائع ،والمالك ،وهذا الراى يتفق مع المعنى الاصطلاحى "لسريان العقد" الوارد في المادة 398 مدني جزائرى ،وقد استعمل المشرع في النص الفرنسي عبارة Opposable ، ومعناها الاحتجاج بالعقد على شخص معين ،لا يؤدى الى ان يصبح هذا الشخص ملتزما بالالتزامات الي يولدها العقد ،ولا ان يصير هو صاحب الحقوق الناشئة عنه (1) .

=

وراجع .د . سليمان مرقص ـ المرجع السابق ـ ف 296 ـ ص 536 .

(2) راجع .د . محمد لبيب شنب ،و.د . صبحي خليل ـ المرجع السابق ـ ف 54 ـ ص 92 .

(1) راجع .د . محمد حسنين ـ المرجع السابق ـ ص 17 و 18 .

الخاتمـــة :

نخلص مما سبق عرضه الى ان بيع ملك الغير يتحدد بتوافر شروط معينة ،وتتلخص هذه الشروط في ان يكون العقد بيعا ناقلا للملكية ، وان يكون البائع غير مالك للمبيع يوم ابرام العقد ،فاذا توافرت هذه الشروط ،كان العقد قابلا للابطال لمصلحة المشترى وحده ،سواء كان المبيع منقولا اوعقارا ،انما طبقا لنظام الشهر العيني ،والذى ياخذ به المشرع الجزائرى ،وطبق في بعض البلديات التي تم فيها مسح اراضيها اذا اشهر العقد زال حق المشترى في طلب الابطال ،لزوال علته وهو عدم انتقال الملكية اليه ،اذ الملكية في هذه الحالة تنتقل اليه بالشهر ،حتى ولو كان العقد قابلا للابطال ،وللمشترى الحق في طلب ابطال البيع سواء كان حسن النية او سيء النية ،انما اذا كان حسن النية ،فله بالاضافة الى ذلك ،الحق في مطالبة البائع بالتعويض واساس مسوءوليته عن التعويض هو الخطأ التقصيرى ،فيحصل على تعويض كامل يشمل ما لحقه من خسارة وما فاته من ربح ،كما يسقط حق المشترى في طلب ابطال العقد ،اذا اجازه ،او اكتسب ملكية المبيع بالحيازة في المنقول او بالتقادم المكسب الطويل او القصير في العقار ،وذلك طبقا لنظام الشهر الشخصي والذى لا يزال يطبق في الجزائر كمرحلة انتقالية الى نظام الشهر العيني ،والذى لا يكتسب الحق فيه عن طريق التقادم مهما طالت مدة حيازته ،كما يسقط حق المشترى في طلب ابطال العقد ،اذا صار البائع مالكا . او اقر المالك الحقيقي البيع ،ذلك ان البيع في هذه الحالات الاربع ينقلب صحيحا ،لزوال علة الابطال ،وهي عدم انتقال الملكية الى المشترى ،انما في غير حالة اقرار المالك الحقيقي للبيع ،فان هذا البيع لا يسرى في حق المالك ولا ينتج قبله اى اثر ،فله قبل الاقرار

ان يسترد المبيع عن طريق دعوى الاستحقاق التي يرفعها على البائع او على المشترى اى على الحائز منهما للمبيع ،اما اذا اقر المالك البيع فانه يصبح ساريا في حقه من يوم صدور الاقرار. وقد سبق ان عرفنا ان بيع ملك الغير يقابله في الشريعة الاسلامية ،بيع الفضولي ، والفضولي هو من يتصرف في ملك غيره بغير اذن شرعي ،ولقد جعل اغلب فقهاء الشريعة الاسلامية هذا البيع صحيحا موقوفا على اجازة المالك ،ان اجازه ترتبت عنه كل اثاره ،وان رده او لم يجزه انقضى العقد ومن دراستي السابقة ايضا لاحظت اختلافا شديدا وتضاربا كبيرا في اراء الشراح ،في جميع المسائل التي تعرضت لها بالبحث ،ووجدت ان سبب الاختلاف يكمن في غموض النصوص القانونية التي خصصها المشرع لتنظيم بيع ملك الغير ،والى عدم كفايتها ،اذ هذه القواعد لا تغطي جميع المسائل التي يثيرها بيع ملك الغير ،فكان من اللازم الرجوع الى القواعد العامة لايجاد حل لهذه المسائل ،ولكن ما هي هذه القواعد التي يمكن ان يخضع ،بيع ملك الغير الى احكامها ؟ لقد اختلف الشراح في تحديدها. [illegible] جعل المشرع بيع ملك الغير عقدا قابلا للابطال ،غير انه في تنظيمه لهذا البيع خرج في بعض المسائل عن حكم العقد القابل للابطال ،ذلك ان قواعده قاصرة ،لا يمكنها معالجة كل مايثيره هذا البيع من مشاكل والدليل على هذا ان شراح القانون لم يجدوا في القواعد العامة اى اساس لابطال بيع ملك الغير ،مما دفع بعضهم اما عن اقتناع او عن غير اقتناع الى تكييف طبيعة بطلان بيع ملك الغير تكييفا جديدا ، فقالوا بأنه بطلان من نوع خاص .

لهذا كله ارى ضرورة الرجوع الى احكام الشريعة الاسلامية ،والاخذ من ينابيعها الفياضة ،بتبني فكرة العقد الموقوف ،واحلالها محل العقد

القابل للابطال ، ذلك ان هذه النظرية الاسلامية ، دقيقة في صناعتها عامة في شموليتها ، ومنطقية في تركيبها ، اذ عالجت جميع المسائل التي يمكن ان يثيرها بيع ملك الغير ، ووضعت لها احكاما ، كما قررت للمالك الحقيقي الحماية الكافية ، ووفرتها له منذ البداية بجعلها العقد موقوفا ، ان اجازه المالك رتب اثاره من تاريخ صدوره ، وان لم يجزه لم يرتب اى اثر . بينما القانون لم يوفر هذه الحماية ، منذ البداية ، بجعله بيع ملك الغير قابلا للابطال ، والعقد القابل للابطال ينتج اثاره الى ان يطالب بابطاله ، ولذلك فان فكرة العقد الموقوف تفضل كثيرا العقد القابل للابطال ، ولذا اخذت بها بعض الدول من بينها العراق والاردن ، وكل املي ان ينهج المشرع الجزائرى خاصة ومشرعو الدول العربية والاسلامية عامة هذا المنهج ، فيقننوا هذه النظرية ويجعلوا من بين تطبيقاتها ، بيع ملك الغير ، على ان يأخذ من مذاهب الشريعة الاسلامية ، ما يتفق مع المنطق القانوني عندنا وتطورات العصر ولا يتقيد بمذهب معين بل يجب النظر في جميع المذاهب ، بحيث يمكن وضع نظرية متطورة تساير العصر . وتحقيق هذا ليس عسيرا ولا بعيد المنال وان المشرع الجزائرى اولى للشريعة الاسلامية اهمية حيث جعلها المصدر الثاني للقانون الجزائرى بعد التشريع ، ولم يقيد في الرجوع اليها بمذهب معين كما انه استقى من احكامها عددا من القواعد .

" تم باذن الله تعالى "

- المراجع -

أولا - مراجع باللغة العربية :

1 - المراجع القانونية .

أ) المؤلفات :

1 - عباس حسن الصراف - البيع والايجار . 1955 .

2 - مصطفى احمد الزرقاء - عقد البيع والمقايضة .ط6 - س1965 .

3 - سليمان مرقص - عقد البيع - ط3 - س1968 ، وط4 - 1980 .

4 - عبد الرزاق احمد السنهوري - البيع والمقايضة - جـ4 - 1960

- حق الملكية - جـ8 - 1967 .

- مصادر الالتزام .جـ1 - س1952 .

- اسباب كسب الملكية - جـ9 - س 1968 .

5 - سمير السيد تناغو - عقد البيع - س 1973 .

6 - محمود سلام زناتي - نظام القانون الروماني - س 1966 .

7 - صوفي حسن ابو طالب - بين الشريعة والقانون الروماني بدون تاريخ .

8 - عبد المنعم البدراوى - الوجيز في عقد البيع - 1970 .

9 - محمد حسنين - الوجيز في القانون المدني الجزائرى 1982 .

10 - عبد العزيز عامر - عقد البيع - س 1967 .

11 - جلال العدوى وانور سلطان - عقد البيع - 1966 .

12 - توفيق حسن فرج - عقد البيع والمقايضة - س 1970 .

13 - شمس الدين الوكيل - نظرية التامينات في القانون المدني - ط 2 س 1959 .

14 - انور سلطان - المقايضة والبيع - ط 2 - س 1951 .

15 - نجيب احمد الهلالي وحامد زكي - عقد البيع - ط3 - س1949 .

./.

16- محمد كامل مرسي ـ عقد البيع والمقايضة ـ ج6 ـ س 1953 .
وموءلفه شهر التصرفات العقارية ـ س1949 .

17- عبد المنعم فرج ـ حق الملكية ـ ط 2 ـ س1967 .

18- منصور مصطفى منصور ـ حق الملكية في القانون المدني المصرى بدون تاريخ .

19- محمد لبيب شنب ومجدى صبحي خليل ـ شرح احكام عقد البيع ـ 1968 .

20- زهدى يكن ـ عقد البيع ـ ط1 .

21- خميس خضرة ـ عقد البيع في القانون المدني ـ 1972 .

22- علي علي سليمان ـ العقود المسماة ـ محاضرات لطلبة ليسانس 75/1976 .

23- جاك يوسف الحكيم ـ عقد البيع ـ 1970 .

24 ـ [illegible] ـ عقد البيع والمقايضة ـ 1968 .

ب) المقالات :

1- حلمي بهجت بدوى ـ بطلان بيع ملك الغير علة هذا البطلان مجلة القانون والاقتصاد ، س1 ،ع1 ، 1931 .
ومقاله اثار التصرفات الباطلة ـ مجلة القانون والاقتصاد ـ س3 ، العدد 3 ـ 1933 .

2- محمد عرفه ـ نظام الشيوع في التقنين المدني الجديد مجلة القانون والاقتصاد . س2 .ع2 . 1932 .

3 ـ عبد العزيز سليمان ـ بيع المال المشاع ـ مجلة المحاماة . س9 .ع10 .

ج) الرسائل :

1 ـ جميل الشرقاوى ـ نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المصرى ـ س 1956 .

2 ـ ابراهيم ابو النجا ـ السجل العيني في التشريع المصرى ـ 1978 .

د) التشريعات :

1- القانون المدني الجزائري - الصادر بامر رقم 75-58 بتاريخ 26 سبتمبر 1975 .

2 - القانون المدني المصرى - قانون رقم 131 لسنة 1948 .

3- قانون تنظيم التوثيق - الصادر بامر رقم 70-90 بتاريخ 15 ديسمبر 1970 .

4 - قانون تاسيس السجل العقارى - الصادر بمرسوم رقم 76-63 بتاريخ 25 مارس 1976 .

5 - قانون مسح الاراضي العام وتاسيس السجل العقارى - الصادر بامر رقم 75 - 74 بتاريخ 18 نوفمبر 1975 .

هـ) مجموعة الاحكام :

1 - مجموعة احكام محكمة النقض المصرية .

2 - المجموعة الرسمية .

2) مراجع في الشريعة الاسلامية :

أ) موءلفات :

1 - ابن عابدين - حاشية رد المحتار - ط2 - س 1966 .

2 - شمس الدين السرخسي - المبسوط - ج13 - المجلد 13 .

3 - شمس الدين الدسوقي - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج3

4 - ابن قدامه - المغنى - ج4 .

5 - التسولي - كتاب البهجة في شرح التحفة ، ج2 .

6 - ابن رشد الحفيد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد . ج2

./.

7 ـ ابن حزم الظاهرى ـ المحلى ـ ج 8 .

8 ـ النووى ـ المجموع ـ ج 9 .

9 ـ عبد الرزاق احمد السنهورى ـ مصادر الحق في الفقه الاسلامي .جـ4 بدون تاريخ .

10ـ احمد الحجي الكردى ـ بحوث في الفقه الاسلامي ـ 1976-1977 .

11ـ بدران ابو العينين بدران ـ الشريعة الاسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقد ـ جـ1 ـ بدون تاريخ .

12 ـ مأمون الكزبرى ـ الحقوق العينية ـ 1959 .

ب) المقـالات :

ـ محمد زكي عبد البر ـ العقد الموقوف في الفقه الاسلامي وفي القانون المدني العراقي وما يقابله في القانون المدني المصرى . مجلة القانون والاقتصاد السنة 25 عدد 1 .

جـ) الرسـائـل :

1 ـ عبد الهادى الحكيم ـ عقد الفضولي في الفقه الاسلامي . س 1979 .

2 ـ محمد الالفي ـ الفضالة ـ باريس 1975 .

3 ـ عبد الرزاق حسن فرج ـ نظرية العقد الموقوف في الفقه الاسـلامـي 1969 .

د) تشريعـات :

ـ كتاب مرشد الحيران لمحمد قدرى باشا ـ ط 1 ـ س 1338 هـ .

ثانيا ـ مراجع باللغة الفرنسيـــة :

أ) موءلفات :

I) A.E.GIFFARD : Droit Rommin et Ancien droit français (les obli--gat.ons) dalloz I958.

2) Planiol, Ripert, Hamel: Droit civil français (vente.T. IO . I956.

3) Daniel de Folle ville - essai sur la vente de la chose d'autrui I872.

4) Henri et Léon Jean Mazeaud: Leçons de droit civil.T.3.I963.

ب) مقالات :

Lilgois - de la vente de la chose d'autrui. Revue Critique de législation et de jurusprudence.T.35.I9eme année.I869.

جـ) نشــرات :

I) Juris classeur 8°.I976.

2) Dalloz.

3) Siry.

د) تشريعات :

Code civil français.I974-I975.

ـ الفهـــــــرس ـ

صفحة

./.

صفحة

البـــاب الاول

./.

الباب الثاني

./.

تصويب

الخطأ	الصفحة	السطر	الصواب
سيي	2	13	سيء
لحكم	12	7	حكم
يكتفي	17	17	يكتفى
لورثه	22	6	لورثته
وفي	22	20	في
تقتضي	29	8	تقضي
عليه	53	3	عليها
البطلان	63	4	ببطلان
صحيحا	72	1	صحيح
موقوف	80	3	موقوفا
مطابقا	81	18	مطابق
فضلوا	82	8	فصلوا
المسلمين	93	12	المسلمين
على	105	1	إلى
صحيح	121	18	صحيحا

الكلمات الساقطة

الكلمة	الصفحة	السطر
بين	9	13
المال	63	17
العقد	118	2

147 هامش رقم 2

((يلاحظ أن المادة 398 مدني جزائري قد خلطت بين أمرين مختلفين سريان العقد بالنسبة للمالك وصحته بالنسبة للمشتري، فقد استعمل المشرع مصطلح (ناجز) مرة للتعبير عن سريان العقد في حق المالك الحقيقي، 397/ 1، ومرة للتعبير عن صحة العقد قبل المشتري، 398/ 1، فاقرار المالك يجعل العقد ساريا في حقه وصحيحا قبل المشتري وأعتقد أن هذا ماقصده المشرع فعلا، خاصة وأنه نص في المادة 398/ 2 (وكذلك يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري ...). غير ان هذا الخلط يسفو على المشرع قصده